

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

DE L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC

PAR LES PARTICULIERS

(ESSAI DE CLASSIFICATION JURIDIQUE)

THÈSE

POUR LE DOCTORAT (SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 27 Mai 1924, à 4 heures

PAR

LOUIS TROTABAS

ASSISTANT A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(Prix de thèse 1921)

Président : M. F. LARNAUDE, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Paris.

Suffragants : M. L. ROLLAND, Professeur.

M. A. MESTRE, Professeur.



GRENOBLE

IMPRIMERIE ALLIER PÈRE & FILS

26, Cours de Saint-André, 26

1924



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT (SCIENCES JURIDIQUES)

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être
considérées comme propres à leur auteur.*

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

DE L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC

PAR LES PARTICULIERS

(ESSAI DE CLASSIFICATION JURIDIQUE)

THÈSE

POUR LE DOCTORAT (SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 27 Mai 1924, à 4 heures

PAR

LOUIS TROTABAS

ASSISTANT A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(Prix de thèse 1921)

Président : M. F. LARNAUDE, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Paris.

Suffragants : M. L. ROLLAND, Professeur.

M. A. MESTRE, Professeur.



GRENOBLE

IMPRIMERIE ALLIER PÈRE & FILS

26, Cours de Saint-André, 26

1924



TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Considérations générales sur les divers modes d'utilisation du Domaine public. Etat de la doctrine. Nécessité d'une classification.

I. — La classification des différents modes d'utilisation du Domaine peut et doit être recherchée, abstraction faite de toute théorie de la domanialité.....	1
II-XVI. — La doctrine des utilisations du Domaine par les particuliers.....	2
a) <i>Les anciens auteurs :</i>	
III. Gérando, p. 4;	IX. Gautier, p. 19;
IV. Cormenin, p. 7;	X. Aucoc, p. 21;
V. Proudhon, p. 10;	XI. Laferrière, p. 22;
VI. Cotellet, p. 14;	XII. Ducrocq et l'état de
VII. Gaudry, p. 15;	la doctrine à la fin du
VIII. Dufour, p. 16;	xix ^e siècle, p. 24.
b) <i>Les auteurs contemporains :</i>	
XIII. M. F. Moreau, p. 28 ;	XV. M. M. Hauriou, p. 33 ;
XIV. M. H. Berthélemy,	XVI. M. L. Duguit, p. 37.
p. 31 ;	
XVII. — Résumé : La doctrine ne présente que confusion et incertitude. Un essai de classification doit être tenté....	39

La classification des différents modes d'utilisation du Domaine par les particuliers.

PREMIER GROUPE : Les modes d'utilisation commune.	
A. XVIII-XXI. — Le principe de la distinction des utilisations communes et des utilisations privatives.....	42
XVIII. Définition, p. 42 ;	
XIX. Intérêt de la distinction, p. 45 ;	
XX. La Cour de Cassation, contrairement au Conseil d'Etat, ne l'observe pas, p. 46 ;	
XXI. La notion d'usage normal ou anormal ne permet pas d'effectuer la distinction, p. 50.	

B. XXII-XXV. — Signes distinctifs des modes d'utilisation commune.....	52
XXII. Les utilisations communes se révèlent d'abord par un caractère de généralité, p. 52 ;	
XXIII. Elles représentent, d'autre part, l'exercice des « libertés individuelles », p. 54 ;	
XXIV. Elles se réalisent enfin par l'intermédiaire des services publics, p. 56 ;	
XXV. L'usager d'un service public est d'ailleurs dans une situation complexe, p. 60.	
C. XXVI. — Situation juridique de l'usager du Domaine à titre commun.....	65
XXVI. L'usager commun, sans posséder jamais un <i>droit</i> à l'utilisation du Domaine, est toujours dans une situation objective, p. 65.	

SECOND GROUPE : Les modes d'utilisation privative.

Considérations générales :

XXVII. — Contrairement aux utilisations communes, les utilisations privatives apparaissent sous des aspects juridiques très variés.....	72
XXVIII. — L'individualisation juridique, qui caractérise l'utilisation privative du Domaine, ne correspond pas au concept de situation subjective.....	73
XXIX. — La notion d' <i>affectation</i> du Domaine doit être retenue pour distinguer les différents modes d'utilisation privative.	75

A. LES UTILISATIONS PRIVATIVES DU DOMAINE A AFFECTATION GÉNÉRALE.

XXX. — Caractères généraux.....	78
1° <i>Le permis de stationnement.</i>	
a) XXXI-XXXIV. — Définition et signes distinctifs.....	79
XXXII. Les signes distinctifs du permis de stationnement sont la permanence et l'absence d'emprise, p. 79 ;	
XXXIII. Difficulté au sujet de l'absence d'emprise ; rejet du critérium tiré du caractère mobilier ou immobilier de l'occupation, p. 81 ;	
XXXIV. Le vrai critérium doit être recherché dans la distinction de la grande et de la petite voirie, p. 82.	
b) XXXV. — De l'autorité compétente pour accorder le permis de stationnement.....	85

TABLE DES MATIÈRES.

VII

c) XXXVI. — De la redevance en matière de permis de stationnement.....	87
d) XXXVII-XXXVIII. — Situation juridique du titulaire d'un permis de stationnement.....	89
XXXVIII. Discussion et rejet de la théorie des droits réels administratifs, p. 90.	
2° <i>La permission de voirie.</i>	
a) XXXIX. — Définition et signes distinctifs.....	93
b) XL. — De l'autorité compétente pour accorder la permission de voirie.....	94
c) XLI. — De la redevance en matière de permission de voirie.....	97
d) XLII-XLIX. — Situation juridique du permissionnaire.....	100
XLIII. Cette situation se trouve analysée par la jurisprudence intervenue en matière de permission de voirie. Etude de cette jurisprudence, p. 101 ;	
1° Le recours pour excès de pouvoir :	
XLIV. En cas de <i>refus</i> de permission de voirie, p. 102 ;	
XLV. En cas de <i>retrait</i> de permission de voirie, p. 104 ;	
2° Le contentieux de l'indemnité :	
XLVI. Le contentieux doit exister directement si le permissionnaire possède un certain droit à la permission, p. 108 ;	
XLVII. Rapprochement avec la situation des concessions coloniales, p. 113 ;	
3° Rapports du permissionnaire et des tiers :	
XLVIII. La question des actions possessoires, p. 115 ;	
XLIX. En définitive, le permissionnaire est un usager juridiquement individualisé, p. 118.	
3° <i>La concession.</i>	
L. — Caractères généraux de la concession envisagée comme un mode d'utilisation privative du Domaine.....	120
LI. — La concession doit être nettement distinguée de la permission de voirie.....	122
LII. — Rapports du concessionnaire avec les tiers et avec l'Administration.....	125

B. LES UTILISATIONS PRIVATIVES DU DOMAINE
SPÉCIALEMENT AFFECTÉ.

LIII. — Caractères généraux	127
LIV. — La notion d'affectation spéciale doit être entendue restrictivement	128
LV. — L'affectation spéciale réagit nécessairement sur la situation juridique de l'usager.....	131

1° *Le plaçage.*

LVI. — Caractères généraux.....	132
LVII. — La situation de l'usager est ici plus forte qu'en matière de permission de voirie.....	133
LVIII. — Spécialement au sujet du <i>refus</i>	134
LIX. — De la redevance en matière de plaçage	136

2° *La concession dans les cimetières.*

LX. — La situation juridique des concessions dans les cimetières est faussée, aujourd'hui encore, par des considérations de pur droit privé.....	137
LXI. — Certains auteurs, cependant, ont voulu analyser cette situation en un droit réel administratif.....	139
LXII. — Il faut rejeter cette qualification. Caractères de la concession dans les cimetières.....	141
LXIII. — De la redevance en matière de concession dans les cimetières	144

Conclusion.

LXIV. — Aspect général et Résumé des différents modes d'utilisation du Domaine par les particuliers.....	146
--	-----

Considérations générales sur les divers modes d'utilisation du domaine public.

État de la doctrine.

Nécessité d'une classification.

I. — La domanialité publique constitue, dans notre droit administratif, l'une des théories les plus discutées et sur laquelle les auteurs ont le plus de difficulté à tomber d'accord. Sans prendre part aux controverses, et sans qu'il soit même besoin d'exposer les différentes doctrines en présence, on peut cependant considérer comme acquis un certain nombre de points qui se trouvent hors de discussion; ceux-ci, d'ailleurs, par une heureuse coïncidence, sont les seuls qui importent à la théorie des utilisations du Domaine (1).

Quelle que soit, en effet, la doctrine que l'on professe à l'égard du Domaine, il est un premier point sur lequel tout le monde est d'accord : c'est que le Domaine est, d'une manière générale, affecté, soit

(1) En entendant uniquement par là le *Domaine public*. Les biens classés dans le domaine privé constituent une propriété ordinaire, dont les différents modes d'utilisation par les particuliers ne soulèvent dès lors aucune difficulté (abstraction faite de la question très spéciale des biens communaux).

directement (1), soit indirectement (2), au public. D'autre part, le Domaine est indisponible, en ce sens qu'il est reconnu par tous inaliénable et imprescriptible. Enfin, tous les auteurs admettent, malgré la rigueur apparente de ces caractères, que les particuliers peuvent user, dans une mesure d'ailleurs variable, de ce Domaine. Il est donc possible, par le moyen de ces principes universellement admis, d'aborder directement l'étude des utilisations du Domaine sans qu'il soit au préalable nécessaire de poser une doctrine de la domanialité (3).

II. — Les utilisations du Domaine, qui sont admises par tous, dans leur principe du moins, se réalisent par des procédés juridiques bien différents, et les situations respectives de l'Administration, de l'Usager et du Domaine sont loin d'être, dans tous les cas, identiques. En présence de cette diversité, un souci d'analyse et de bon ordre juridique nous a poussé à entreprendre un essai de classification qui permettra de les présenter dans leur ensemble.

Le classement, en effet, est tout entier à faire (4).

(1) Dans le cas, par exemple, de la voirie, dont les usagers retirent une utilité immédiate.

(2) Ce qui est le cas notamment pour les places fortes ou pour les aménagements de défense physique (digues contre les inondations par exemple) qui constituent des ouvrages de protection dont tout le monde, en définitive, profite.

(3) Cpr. également en ce sens BÉQUET, *Répertoire...*, v° *Voirie terrestre*, n° 263.

(4) Nous tenons cependant, dès le début de cette étude, à signaler le cours de doctorat (contentieux administratif), professé par

Dans cette partie du droit administratif, nos auteurs, le législateur et le juge, emploient un vocabulaire imprécis à un tel point que les mêmes mots sont employés dans les acceptions les plus diverses, et l'on est tout désarmé en présence de ces terminologies incertaines. Parmi les auteurs contemporains, ceux-là même qui font plus particulièrement autorité n'échappent pas à ce reproche.

Cette confusion du vocabulaire juridique peut s'expliquer par le fait que la théorie des utilisations a été influencée par la théorie si discutée du Domaine : si l'on ne sépare pas absolument ces deux théories, toute classification que l'on tentera d'établir pour celle-là doit fatalement se ressentir des incertitudes de la doctrine sur celle-ci. D'autre part, il ne faut pas oublier que les modes d'utilisation du Domaine les plus importants (concession et permission de voirie) sont, dans leur forme actuelle du moins, tout récents. Les concessions ne se sont, en fait, répandues que par l'établissement des réseaux de chemins de fer, et ce sont les problèmes de la distribution (eau, gaz et électricité) qui ont fait éclore les permissions de voirie. Tout cela date d'hier à peine, et les anciens auteurs du droit administratif n'ont pas soupçonné l'importance pratique de ces utilisations du Domaine. Il est cependant fort instructif de se rapporter aux ouvra-

M. A. MESTRE à la Faculté de Droit de Paris en 1923-1924, et portant sur les *Utilisations du Domaine public par les administrés*. C'est dans l'atmosphère de ce cours que nous avons conçu, dans ses traits essentiels du moins, la présente étude.

ges du siècle dernier et de suivre ainsi, sous la poussée rapide des faits, l'évolution de la doctrine.

C'est en vain que l'on chercherait, dans les traités jadis célèbres du droit administratif, quelques développements, ou même quelques indications, qui permettraient de distinguer et de classer les divers modes d'utilisation du Domaine. Certains auteurs, et non des moindres, n'abordent même pas ces questions : ainsi, c'est à peine si MACAREL (1) parle des concessions de mines et de travaux publics à propos de la déclaration d'utilité publique. D'autres, il est vrai, sont plus explicites, mais l'objet de leurs études est si éloigné de nos conceptions actuelles qu'il est nécessaire de reprendre avec quelque précision leur attitude, et de la définir.

III. — La première remarque que suggère l'étude des œuvres de ces auteurs est que ceux-ci paraissent influencés à la fois par la théorie alors en formation du Domaine et par les théories du droit civil. Le droit administratif, à l'époque, n'était pas apparu encore « autonome et juridique » et les relations qui s'établissent entre le Domaine et l'Usager, sous les auspices de l'Administration, se répartissent à peu près exactement en relations de droit privé (relations Domaine-Usager) et relations de police, au sens large (Administration-Usager). C'est ainsi que la concession est considérée comme un mode de transfert de

(1) *Cours de droit administratif* (cours professé à la Faculté de Droit de Paris, 1844-1845, 4 vol., Paris, 1846).

la propriété qui a pour effet, même lorsqu'elle porte sur le Domaine, de faire acquérir une véritable propriété au concessionnaire. C'est en ce sens notamment que les auteurs du début du XIX^e siècle parlent de la concession (1), et cette conception se maintient, notamment avec GÉRANDO (2), pendant toute la première moitié du siècle. Pour cet auteur, en effet, la concession fait sortir un bien du domaine de l'Etat: « Il y a deux ordres principaux de propriétés qui, en passant dans le domaine de la propriété privée, sont l'objet d'une concession de l'Administration publique: ce sont les mines et les marais mis en dessèchement ou les portions de rivages qui peuvent être enlevées à la mer » (3). Il faut observer cependant que Gérando, lorsqu'il traite des chemins de fer, emploie le mot *concession*, en précisant cependant que celle-ci n'entraîne alors que « l'occupation des terrains qu'elle exige » (4); mais, en matière de concessions de mines, il précise encore que « la concession crée une pro-

(1) Sans analyser les œuvres de tous ces anciens auteurs, nous citerons seulement Charles-Jean BONNIN, *Principes d'administration publique*, 3 vol., 3^e éd., Paris, 1812. Pour celui-ci, la concession est de même nature que l'acquisition ou l'échange de propriétés (v. *op. cit.*, t. II, p. 34); de même d'ailleurs les différents droits que les particuliers peuvent acquérir sur le Domaine (halles et marchés, rivières, promenades publiques) sont analysés très simplement en une location (v. *ibid.*, notamment au t. III, qui contient un *Plan d'un Code administratif*, art. 424).

(2) DE GÉRANDO, *Institutes de Droit administratif français ou élémens du Code administratif*, 3 vol., Paris, 1829-1830.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 53.

(4) *Op. cit.*, t. III, §§ DCXIX-DCXXI.

priété nouvelle, perpétuelle, qui rentre sous l'empire du droit commun » (1).

Ainsi, on peut dire que le mot « concession » est employé très nettement par Gérando dans le sens de *vente*, ce qui réalise du moins le sens usuel. Un passage du t. III (art. 4359) est particulièrement probant en ce sens: « Les droits utiles et honorifiques, notamment ceux qui participent de la nature de l'impôt, ne sont point commerciabiles ni cessibles: toutes *concessions* de ce genre, à quelque titre qu'elles aient été faites, sont nulles et ont été révoquées ». Et c'est exactement en ce sens que l'on parle, en dehors du domaine public, des concessions des lais et relais de la mer, des accrues, atterrissements et alluvions des fleuves (2), et de la situation des *concessionnaires* des domaines nationaux engagés ou échangés (3).

La concession, considérée comme une aliénation et rapprochée de la théorie du Domaine inaliénable, a bientôt conduit les auteurs à préciser leurs idées. Or, pour concilier aliénation et inaliénabilité, ceux-ci ont préféré sacrifier la théorie administrative du Domaine, ce qui leur a permis de respecter absolument la notion de droit privé de la concession. Celle-ci leur paraissait tout à fait conforme aux théories du droit civil et, à ce titre, inattaquable.

(1) *Ibid.*, § DCCXIX. V. d'autre part à ce sujet une distinction intéressante opposant, avec les minières et les mines, les permissions et concessions, t. III, §§ DCCXXI et DCCXXIII.

(2) *Ibid.*, art. 4364.

(3) *Ibid.*, art. 4672.

IV. — Le premier auteur qui a nettement étudié les relations qui s'établissent entre le Domaine et la concession est CORMENIN (1).

Cormenin distingue très nettement le domaine public du domaine de l'Etat, et d'une manière si précise qu'il est intéressant de rappeler sa doctrine (2).

Pour lui, le domaine public est celui qui, d'après la définition de l'art. 538 du Code civil, n'est pas susceptible d'une propriété privée. Il se compose : 1° de ce qui sert à l'usage public et commun et ne peut être, dès lors, la propriété exclusive de personne; tels sont les chemins, les fleuves (v. C. civ., art. 538). Dans ce sens, le domaine public est inaliénable; dans ce sens, le domaine public est imprescriptible (v. C. civ. art. 541 et 2227); 2° toutefois, il est des cas où des choses, placées par la loi dans le domaine public, peuvent devenir propriété privée et entrer dans le commerce. Ainsi, on ouvre une nouvelle route et on renonce à l'ancienne dont le terrain devient aliénable; le ministre de la Guerre déclare que telle ville cesse d'être place de guerre, et il remet les bâtiments militaires et les terrains des fortifications à l'Administration des Domaines pour être vendus, etc... Par ces changements de destination, ces parties du domaine public entrent dans le domaine aliénable de l'Etat.

En face du domaine public, le domaine de l'Etat

(1) DE CORMENIN, *Droit administratif*, 2 vol., 5^e éd., Paris, 1840.

(2) V. *op. cit.*, t. II, ch. XX, p. 42, note 1.

se compose de biens de la même nature que ceux qui forment des propriétés privées (1). Et lorsque Cormenin a ainsi précisé la nature et la composition de ces divers domaines et indiqué exactement les parties qui sont susceptibles d'aliénation (soit parce qu'appartenant au domaine de l'Etat, soit parce que désaffectées du domaine public), il peut alors continuer d'employer le mot concession dans le sens d'aliénation. Il est amené d'ailleurs à distinguer quatre sortes de concessions (2) :

1° Concessions de terrains ayant fait partie du domaine public (type lais et relais de la mer). Cette concession est faite par ordonnance royale rendue au Conseil d'Etat (loi du 16 sept. 1807, art. 5).

2° Concessions dont les effets sont accomplis (type décret du 9 avril 1811).

3° Concessions de biens (du domaine ordinaire ou extraordinaire) faites par décrets impériaux à titre de récompense nationale, avec stipulation de retour

(1) Cormenin (*op. et loc. cit.*) donne du Domaine de l'Etat l'énumération suivante : Il se compose : 1° des biens qui faisaient partie de l'ancien domaine extraordinaire... ; 2° des biens particuliers du Prince... ; 3° des biens qui lui adviennent par voie de déshérence... — En résumé, dit-il, ce n'est pas en raison de leur nature que les biens du domaine public diffèrent des biens du Domaine de l'Etat, c'est à cause de leur destination et de leur usage actuel ; c'est parce qu'ils ne sont pas, en tant que pris et possédés par le public, susceptibles d'une propriété privée qu'ils sont, sous ce rapport seulement, frappés d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité (v. la loi du 8 novembre 1814, art. 9), et tant que cette puissance ou occupation dure.

(2) *Op. cit.*, t. II, Appendice, v° *Domaine de l'Etat*, p. 85.

ou irrévocablement. Elles constituent des droits acquis irrévocables.

4° « Enfin il y a des bâtiments et édifices appartenant à des communes, corporations et établissements publics qui, soit en vertu de la loi de juillet 1791 ou d'arrêtés spéciaux du gouvernement, ont été destinés au service militaire ou à des services civils, ou à des dotations spéciales, ou au culte. La question de savoir quels sont le caractère, l'étendue et les effets de ces concessions, légales ou gouvernementales, est du ressort de l'autorité administrative... ».

C'est donc en la dissociant en quelque sorte du Domaine que Cormenin continue de considérer la concession comme un mode de transfert de propriété. Sa théorie de la concession relève uniquement du droit privé (1).

(1) Cormenin paraît encore entièrement soumis à la discipline du droit privé lorsqu'il énumère, sous le titre général de *Baux administratifs*, des situations juridiques qui nous paraissent aujourd'hui des situations de droit public. (V. *op. cit.*, t. I, ch. III, p. 265.)

On trouve dans cette énumération tous les baux :

1° à 3° Des domaines de l'Etat, des communes et des établissements publics ;

4° Des droits de pêche ;

5° Des bacs et passages d'eau ;

6° Des halles et marchés (domaniaux ou communaux) ;

7° Des baux féodaux ;

8° Des théâtres et salles de spectacle ;

9° Des mesurages, pesages et jaugeages ;

10° D'éclairage et d'entretien du pavé des villes ;

11° Des services et pompes funèbres ;

12° Des jeux publics.

Ces diverses situations lui paraissent appartenir aux relations de

V. — Il en est de même, à quelques années de là, de PROUDHON, que l'on considère souvent comme le créateur de nos théories modernes du Domaine. Pour celui-ci, la concession est toujours une aliénation et elle n'est dès lors possible, à l'égard des biens du Domaine, que dans la mesure où ceux-ci ont été préalablement désaffectés (1).

Mais, avec Proudhon, apparaissent, dans les situations que nous cherchons à préciser, les éléments d'une confusion nouvelle. On a vu que les anciens auteurs, sans considérer la situation juridique des utilisations du Domaine sous son véritable aspect, complexe, et qui suppose des rapports entre trois éléments, l'Administration-Puissance publique, le Domaine et l'Usager, distinguaient, plus ou moins nettement, deux

droit privé, parce qu'elles relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires, et Cormenin observe qu'il a fallu un texte législatif spécial pour établir la compétence administrative au sujet des baux d'eau minérale appartenant à l'Etat, des eaux de Paris, des droits de passage sur les ponts et des octrois.

(1) PROUDHON, *Traité du domaine public ou de la destination des biens considérés principalement par rapport au domaine public* (4 vol., Dijon, 1843-1845). — V. spécialement t. I, n° 211 : « si le gouvernement aliénait un fonds du domaine public sans abolir et au contraire en maintenant le service auquel il est affecté..., l'inaliénabilité resterait comme un vice foncier affectant l'acte de concession et le rendrait inefficace en tant que translatif d'une propriété parfaite ». En 1845, la *concession* dont parle Proudhon est identique à la concession telle que la concevaient nos anciens auteurs, Dunod et Pothier par exemple. Il faut observer cependant que l'on voit apparaître chez Proudhon une notion nouvelle de la concession : il dit en effet, à propos des concessions de canaux : « ces concessions se rapportent plutôt à la possession et à la puissance de l'octroi de navigation qu'à l'aliénation du canal lui-même... ». (V. *op. cit.*, t. III, § 797.)

groupes de situations. D'un côté, envisageant les rapports Domaine-Usager, ils obtenaient des relations de droit privé qui aboutissaient à la théorie de la concession-aliénation et des baux administratifs. Pour toutes les autres utilisations du Domaine, il semble que ces mêmes auteurs n'aient aussi considéré que deux éléments, qui étaient alors l'Administration-Puissance publique et l'Usager. Ceci avait eu pour effet de placer sur le terrain de la police (entendue au sens large et non de la police du Domaine telle que nous la concevons aujourd'hui) toutes les utilisations du Domaine qui ne se réalisaient pas par un procédé de droit privé (bail ou concession). Aussi ne semble-t-il pas que, dans ce second groupe des utilisations du Domaine, les anciens auteurs aient tenu le moindre compte des rapports entre l'Administration et le Domaine: celle-là, considérée uniquement comme puissance publique, réglemente directement certains actes accomplis par les particuliers, et qui, dès lors, ne se déterminent pas en fonction du Domaine. C'est ainsi que lorsque Gérando parle de stationnement sur la voie publique, il ne voit là très certainement que l'exercice, de la part de l'Administration, de ses pouvoirs de police (1).

(1) V. de Gérando, *Institutes...* (*op. cit.*), t. III, art. 3201 : « Il est pourvu, par des mesures de police municipale, à ce qui concerne... le stationnement sur la voie publique ». (V. loi du 14 déc. 1789, art. 50; loi des 16-24 août 1790 et C. P. 471-475.) De même, l'*autorisation* du préfet, que doivent obtenir les voituriers qui veulent « annoncer les départs à jour et heure fixes, établir des relais », apparaît comme une simple mesure de police. (V. *ibid.*, art. 3098 et suiv.) Il paraît en être de même encore des dispositions du décret

Il en est de même de Cormenin, qui, après avoir précisé, au sujet des *concessions* et *permissions* d'eaux, que les autorisations ne sont que des actes de police et de haute administration (1), construit toutes les règles de la voirie sur le « principe que les lois et règlements ont imposé aux autorités administratives le droit de veiller à la salubrité, à la sûreté et à la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics, fleuves et canaux; de régulariser, redresser et élargir les chemins, routes et places ». C'est par application directe de ce principe que les maires ont le droit, entre autres, « de permettre ou refuser de construire des balcons et autres saillies sur la voie publique ». De même, pour Cormenin, c'est « du principe que les préfets sont, en ce qui concerne l'administration générale, les supérieurs hiérarchiques des maires, et que leur autorité s'étend dans une sphère plus grande », qu'il résulte « qu'on a attribué aux préfets et non aux maires... le droit d'autoriser les particuliers à placer des conduites d'eau sous les routes royales ».

Ainsi, en s'en tenant à ces deux auteurs, on peut dire que, dans la première moitié du XIX^e siècle, un classement, inconscient d'ailleurs, s'est opéré dans

du 12 messidor an VIII, qui prévoit que le Préfet de police *permet* l'ouverture des boutiques, étaux de boucherie et de charcuterie, l'établissement des auvents et constructions du même genre qui prennent sur la voie publique, l'établissement des échoppes ou étalages mobiles. (V. *ibid.*, t. III, art. 3234.) C'est ce texte qui régit d'ailleurs l'ensemble des permissions pour les étalagistes. (V. *ibid.*, § DCCLIX.)

(1) De Cormenin, *Droit administratif* (*op. cit.*), t. I, p. 519 et s., et t. II, chap. XLVI.

les divers modes d'utilisation du Domaine. D'un côté, on voit le particulier acquérir sur le Domaine des droits qui sont de même nature que les droits privés, concession et baux administratifs; de l'autre, le particulier, au contraire, n'entre pas en rapports juridiques avec le Domaine : il bénéficie simplement d'une mesure de police, de réglementation administrative, qui est appelée très généralement autorisation ou permission.

C'est ce premier classement, qui était, somme toute, exact dans son ensemble, que Proudhon est venu brouiller dans un passage auquel nous faisons précédemment allusion. En effet, lorsqu'il examine la nature des droits dont jouissent les propriétaires riverains sur les rues et places publiques des villes (1), il commence bien par indiquer que si ces droits sont contraires à la sûreté, à la décoration, à l'aisance et à la libre viabilité, ils ne représentent qu'une simple tolérance; mais il ajoute aussitôt, ce qui est entièrement nouveau, que si ces droits sont conformes à la destination de ces voies, « la concession d'alignement est, d'après les principes du raisonnement, un véritable contrat synallagmatique entre l'Administration et le propriétaire ». Et il entreprend de démontrer cette proposition d'après le droit romain et d'après l'ancienne jurisprudence française. Confusion évidente entre les deux classes précédemment distinguées, puisqu'une situation contractuelle de droit

(1) Proudhon, *Traité du domaine...* (*op. cit.*), t. I, §§ 363 et s.

privé apparaît maintenant dans la zone des pouvoirs police où l'on plaçait jusqu'alors toute autorisation et permission.

VI. — Cette idée, qui paraît avoir été émise pour la première fois par Proudhon, a été d'ailleurs reprise et on la retrouve, singulièrement élargie, dans COTELLE (1). Celui-ci, après avoir exposé la théorie du domaine public inaliénable, indique que cette inaliénabilité souffre un certain nombre d'exceptions (2). Les plus importantes sont les *affectations domaniales*, que Cotelle distingue soigneusement des aliénations, parce que toujours révocables (3), et ce qu'il appelle les *servitudes légales et conventionnelles établies sur le sol des routes*.

Avec ces servitudes (4), on se trouve de nouveau en présence de situations de droit privé, car Cotelle entend expressément établir une théorie des servitudes, légales et conventionnelles, au sens du Code civil. Pour cet auteur, les alignements et les permissions de voirie se confondent dans une seule et même servitude des bâtiments bordant la voie publique (5), et

(1) COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, 3^e éd., Paris, 1860.

(2) *Op. cit.*, t. III, § 479.

(3) Cotelle paraît classer dans ces affectations domaniales ce que l'on appelle aujourd'hui permissions de voirie. V. notamment, § 493, l'exemple de révocation avec indemnité au sujet d'une cale de débarquement affectée au service des coches et reprise par l'Administration pour les besoins de l'octroi.

(4) Il est à noter que Cotelle revendique l'honneur d'être le premier à établir cette théorie. V. *ibid.*, § 494.

(5) *Ibid.*, § 675.

la permission forme un véritable *contrat* par lequel l'Administration accorde une chose à laquelle le propriétaire n'a pas droit (1). Il faut d'ailleurs observer que Cotelle entend par permission de voirie : les reconstructions à faire aux façades (travaux confortatifs), les travaux à l'intérieur (id.) et les saillies (2) ; et cette terminologie, qui ne manque pas de surprendre, contribue pour sa part à obscurcir l'histoire des situations juridiques que nous étudions.

VII. — Ajnsi, vers le milieu du xix^e siècle, deux auteurs, Proudhon et Cotelle, paraissent avoir construit des utilisations du Domaine une théorie nouvelle, que l'on retrouve aujourd'hui dans la *théorie des droits réels administratifs*. Or, il est curieux de constater que les doctrines exposées par ces deux auteurs ne se sont pas immédiatement répandues, et les ouvrages les plus importants parus après la publication de leurs œuvres n'en tiennent pas compte. En effet, GAUDRY, au lendemain du *Cours* de Cotelle, publie un *Traité du Domaine* (3) où il reprend purement et simplement la distinction du domaine public et du domaine de l'Etat déjà posée par Cormenin (4) et où toute originalité paraît résider dans le désir de distinguer la concession de l'aliénation (5). En ce qui

(1) *Ibid.*, § 679.

(2) *Ibid.*, § 692.

(3) GAUDRY, *Traité du Domaine*, 3 vol., Paris, 1862.

(4) V. *op. cit.*, t. I, § 58, et cf. les passages de Cormenin cités *suprà*, § IV.

(5) V. notamment *ibid.*, §§ 98, 134, 181, et t. III, 572, 583, 674.

concerne le droit des riverains sur la voie publique, Gaudry parle bien de « droits utiles » (1), mais son analyse ne va pas au delà de cette qualification.

VIII. — Plus rétrograde encore, et plus vague peut-être, est DUFOUR (2). Malgré l'abondance des matières exposées dans son *Traité*, on ne trouve à la table des matières ni le mot « stationnement » ni les mots « permission de voirie », et cela est déjà symptomatique. Par contre, la matière des permissions est abordée à plusieurs reprises, ainsi que celle des concessions. C'est à propos de la voirie (3) que Dufour examine la plupart de ces permissions, qui comprennent à la fois, dans son vocabulaire, les ouvrages en saillies, ensemble avec l'alignement et ce qu'il appelle proprement « permission » (constructions sujettes à retranchement). Toutes ces permissions, par le fait qu'elles se rattachent à la voirie, sont subordonnées à la police, qui a pour objet l'intérêt général de la circulation : « Une mesure ne procède du pouvoir de police, en matière de voirie, qu'à la condition d'avoir pour but la facilité des communications et, le plus ordinairement, de les défendre contre les entreprises de l'intérêt privé » (4). Les attributions de cette police sont relatives, soit à la liberté et la sûreté du

(1) *Ibid.*, § 210.

(2) DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, 3^e éd., 8 vol., Paris, 1870.

(3) *Op. cit.*, t. VIII.

(4) *Ibid.*, n° 361.

passage, soit à la conservation et l'élargissement des voies publiques, soit à la répression (1).

S'il est imprécis sur les permissions, Dufour, par contre, examine précisément la matière des concessions. A propos du domaine national, il reprend les théories des anciens auteurs et présente d'abord la concession comme un acte administratif qui a pour objet de *transmettre* le bien (2). Il rappelle d'ailleurs que c'est en ce sens que le décret du 9 avril 1811 a *concédé* « gratuitement aux départements, arrondissements ou communes la pleine *propriété* des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés par le service de l'administration, des cours et tribunaux et de l'Instruction publique ». Au point de vue juridique, c'est une concession analogue que Dufour voit dans les concessions de marais domaniaux (art. 41 de la loi du 16 septembre 1807), dans les concessions de terrains usurpés sur l'Etat (loi du 10 juin 1847 prorogeant la loi du 20 mai 1836), dans les concessions des portions de routes impériales délaissées (3), sauf différences purement formelles qui résultent, dans ces hypothèses, de l'inutilité de l'intervention législative. En définitive, si cet auteur présente, dans une certaine mesure, la concession comme un acte *sui generis*, qui est propre à l'Administration et auquel le droit civil reste étranger, il ajoute cependant

(1) Avec une étude du roulage considéré comme cause de détérioration.

(2) *Op. cit.*, t. V, n° 300.

(3) *Ibid.*, n° 304.

qu'elle a pour effet immédiat « de faire tomber les biens qui en sont l'objet dans le domaine privé et de les soumettre à toutes les règles du droit commun » (1). Ainsi se confirment les premières solutions de la doctrine. On peut observer que c'est également vers la notion de propriété privée que l'on oriente à l'époque la notion de concession dans les cimelières : les conclusions de M. L'Hopital, commissaire du Gouvernement, données sur le recours *Castaugt*, jugé par décret du 19 mars 1863, sont catégoriques (2). Sur ce point, notre auteur est, il est vrai, moins formel : il déclare que « si le droit participe de la nature du droit de propriété, il a, comme certains démembrements de ce droit, une affectation spéciale et nominative et s'éteint quand cette affectation cesse d'exister » (3).

Il n'est que juste cependant d'indiquer que Dufour ne se borne pas à considérer la concession comme un mode d'aliénation. Il y voit aussi un procédé qui a pour effet de substituer le particulier à l'administration publique, comme cela peut s'observer dans l'organisation des chemins de fer (4). Au sujet des concessions de chemin de fer, Dufour parle « d'un *traité* passé avec le Gouvernement ou autorisé par lui », et, à propos du cahier des charges, il distingue très

(1) *Ibid.*, n° 306.

(2) V. le texte de ces conclusions rapporté en partie par Dufour, *op. cit.*, t. VII, n° 756.

(3) *Ibid.*, n° 757.

(4) *Op. cit.*, t. III, n°s 225 et s.

nettement les clauses contractuelles des clauses réglementaires (1). De même, en matière de travaux publics (2), il fait de la concession un contrat *sui generis*, absolument différent des contrats du droit privé. Ici, il ne saurait être question pour le concessionnaire de propriété sur l'ouvrage; la position du concessionnaire tendrait à se rapprocher de celle de l'adjudicataire qui a mené à fin son entreprise, et à l'expiration de la concession, ce n'est point une cession, c'est une remise qui est faite au Gouvernement (3). Enfin, on observera encore, à propos des droits de place dans les foires, halles et marchés (régis alors par la loi du 18 juillet 1837), que Dufour précise en invoquant une circulaire ministérielle du 19 janvier 1839, que ces droits portent directement sur la place, c'est-à-dire qu'ils représentent la location d'un emplacement communal, sans avoir le caractère d'un impôt direct (4). Le plaçage paraît être ainsi pour lui une situation contractuelle de droit privé.

IX. — Parmi les grands auteurs de droit administratif de la fin du XIX^e siècle, il convient de faire ici une place à GAUTIER (5) qui, seul, ou à peu près, de ses contemporains, avait apporté quelques précisions sur les différents modes d'utilisation du Domaine.

(1) *Ibid.*, n^{os} 228 et 238.

(2) *Op. cit.*, t. VIII, n^{os} 133 et s.

(3) *Ibid.*, n^{os} 250 et 251.

(4) *Op. cit.*, t. VI, n^o 360.

(5) Alfred GAUTIER, *Précis de matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, 2 vol., Paris, 1879.

« Les biens du domaine public, dit-il (1), sont destinés à l'usage de tous; chacun doit pouvoir en faire un usage conforme à sa destination. Ainsi chacun doit pouvoir circuler sur les routes, naviguer sur les grands cours d'eau et les canaux, amarrer son bateau sur les rivages de la mer, et l'Administration ne peut empêcher tout usage d'une portion du domaine public qui est conforme à la destination naturelle de ce domaine... Ce principe est constant, mais il subit un tempérament qui a une certaine importance. Il a été de tout temps admis que l'Administration peut concéder à un particulier la faculté de faire certains établissements sur le domaine public, ces concessions étant essentiellement précaires et révocables... » Voilà, à part la confusion qui résulte de l'emploi du terme de concession (confusion que Gautier, d'ailleurs, signale lui-même peu après), un classement nettement indiqué entre les différents modes d'utilisation du Domaine, et qui correspond exactement à la distinction des modes d'utilisation commune et privative que nous adopterons d'ailleurs par la suite. Il est intéressant d'observer, d'autre part, que Gautier analyse exactement la situation de celui qu'il appelle inexactement concessionnaire, en montrant que la révocabilité ne correspond point à l'arbitraire de l'Administration et qu'un recours est possible contre le retrait de concession; il précise d'autre part que cette précarité n'existe qu'au regard de l'Administra-

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 117.

tion et que la situation du « concessionnaire », analogue à celle du *précariste*, se distingue des situations de droit privé.

X. — Abstraction faite de Gautier, les auteurs de la fin du XIX^e siècle ne paraissent pas s'être attachés à distinguer avec plus de soin que Dufour les différents modes d'utilisation du Domaine. Ainsi, Aucoc (1) n'examine la question que d'une manière incidente, au sujet des règles relatives à la police de la conservation des routes. Aussi, pour lui encore, ce sont les pouvoirs de police qui régissent les dépôts de pierre, bois, fumier, le « stationnement » de voitures à réparer devant l'atelier d'un serrurier, par exemple (2). Il en serait de même dans les cas où il est indispensable que les riverains occupent temporairement le sol de la voie publique, par exemple pour construire. « Dans ce cas, dit-il, ils n'ont qu'à demander une autorisation qui ne leur est jamais refusée ». Et c'est là tout ce que nous trouvons chez cet auteur au sujet de la situation juridique de l'usager du Domaine (3), en dehors de l'hypothèse de la concession. A son sujet, alors, Aucoc étudie plus profondément la nature du droit de l'Usager (4). « L'Etat, dit-il, abandonne au profit du particulier un *bien* ou un *droit* dont il avait la disposition ». La concession paraît ainsi, comme

(1) Aucoc, *Conférences...*, 2^e éd., 3 vol., Paris, 1882.

(2) *Op. cit.*, liv. III, ch. III, 1142.

(3) V. aussi *op. cit.*, t. II, p. 458.

(4) *Op. cit.*, t. II, § 707.

chez Gérando et Cormenin, s'opposer à tous les autres modes d'utilisation du Domaine. Les rapports du concessionnaire et de l'Administration sont déterminés par un lien contractuel.

XI. — LAFERRIÈRE lui-même, qui, par la date de ses ouvrages, appartient à cette période ancienne où les auteurs du droit administratif ne distinguaient pas encore nettement, et dans le détail, les divers modes d'utilisation du Domaine, oppose, selon la conception traditionnelle, les permissions ou autorisations aux concessions (1).

Après avoir posé le principe du Domaine intangible, il ajoute : « L'interdiction faite aux particuliers de rien entreprendre sur le domaine public peut être levée, dans la mesure prévue par la loi, par des *autorisations* ou *permissions* émanées de l'autorité administrative compétente » (2). Ainsi, sans entreprendre aucune distinction, Laferrière se borne à placer toutes les utilisations du Domaine dans un cadre général, où elles dépendent directement de l'Administration et de l'exercice des pouvoirs de police. En face de ce groupe subsiste cependant le second aspect des utilisations individuelles qui, sous le type général de *concession*, peuvent être d'ailleurs infiniment variées. Celles-ci sont établies par des actes de puissance publique, à caractère *contractuel* (3). Le point de départ

(1) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., 2 vol., Paris, 1896.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 652.

(3) *Ibid.*, p. 604 et s.

est la « concession », acte purement administratif, qui résulte de « certaines autorisations données sur le domaine public inaliénable et imprescriptible, telles que l'autorisation de pratiquer une prise d'eau sur un cours d'eau navigable, ou de lui emprunter une force motrice, ou la permission d'occuper certaines portions du rivage de la mer. Il n'y a là que des actes d'administration, non des contrats; les clauses imposées au permissionnaire ne peuvent être assimilées aux clauses d'une convention ». L'aboutissant, ce sont de véritables ventes domaniales, telles que les concessions de lais et relais de la mer et des îles émergées dans un cours d'eau navigable. Entre ces deux pôles extrêmes, il y a toute la gamme des institutions où l'on rencontre réunis l'acte d'administration et le contrat, ce qui comprend la concession de mines, les concessions de travaux publics, les concessions de biens de l'Etat faites à des administrations particulières dans l'intérêt des services publics, les concessions gratuites de terres domaniales, les concessions de créments futurs.

Dans son ensemble, la distinction ainsi posée par Laferrière doit certainement être maintenue, car le point de vue juridique se transforme nécessairement dès qu'un acte se présente avec un caractère contractuel, mais la difficulté est de préciser le point où l'élément contractuel apparaît. Or, si l'on voit ainsi Laferrière opposer d'abord dans une classification générale le statut du permissionnaire à celui du concessionnaire, on ne trouve par contre, dans son œuvre,

aucun critérium certain qui permette de répartir, dans l'une des deux classes, une situation donnée. Au contraire, les distinctions que Laferrière a marquées dans les concessions tendent à faire disparaître leur caractère propre, qui les opposait nettement aux permissions. Et la confusion s'aggrave, si l'on tient compte que Laferrière, après avoir posé pour principe que la permission résulte d'un acte discrétionnaire rattaché à l'exercice d'un pouvoir de police, ajoute : « Quand l'Administration prononce le retrait d'une autorisation accordée, elle supprime un état de choses existant et lèse directement les *intérêts* qui s'y rattachent. On peut même dire qu'elle lèse *un droit*, car la partie qui a obtenu une autorisation reconnue compatible avec l'usage et la conservation du domaine public — et qui, pour la mettre à profit, a fait le plus souvent des travaux et des dépenses — a *le droit* de n'en être privée que si les intérêts de ce domaine l'exigent » (1). Si la permission de voirie se place véritablement dans la zone des pouvoirs de police, il paraît difficile de lui reconnaître un caractère patrimonial, qui permettrait seul de dire que le permissionnaire a un droit.

XII. — Si l'on veut maintenant considérer dans son ensemble le chemin parcouru, au cours du XIX^e siècle, en ce qui concerne l'étude juridique des divers modes d'utilisation du Domaine, on s'aperçoit que les au-

(1) *Ibid.*, p. 553.

teurs n'ont pas établi une classification systématique et qu'ils ont entretenu, au contraire, une imprécision bien regrettable. Lorsque le droit administratif commençait à peine de se former, les principes du droit privé, et sa terminologie même, avaient amené les auteurs à distinguer, plus ou moins nettement, les concessions comportant aliénation au même titre que des contrats ordinaires et les simples autorisations ou permissions, qui constituent, de la part de l'Administration-Puissance publique, l'exercice de ses pouvoirs de police. Puis, entre ces deux situations, une confusion s'est faite. Celle-ci résulte, d'une manière très curieuse, d'une tendance qui a porté la concession à perdre le caractère contractuel entraînant transfert d'un droit au profit du concessionnaire, tandis que la permission évoluait, au contraire, vers un régime contractuel entraînant un droit pour le permissionnaire (1). L'apogée de cette confusion, dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle est regrettable au point de vue du vocabulaire juridique, paraît bien atteint avec DUCROCQ (2).

Ce dernier auteur, en effet, lorsqu'il examine le régime légal du domaine public national, dont il proclame d'ailleurs le principe de l'indisponibilité, recon-

(1) La jurisprudence a suivi d'ailleurs la doctrine sur ce point : v. notamment, outre l'arrêt *Colette* (Cons. Et., 10 juillet 1896, p. 565), intervenu dans des circonstances spéciales, Cons. Et., 29 novembre 1890, *Detrion*, p. 903.

(2) Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif...*, 7^e éd., 7 vol. (dont 1 vol. de tables), Paris, 1897-1905.

naît que diverses occupations peuvent être autorisées sur ce Domaine. Il considère d'ailleurs ces « occupations temporaires » au même titre que les fruits que peuvent donner les dépendances du Domaine; il proclame que si l'*occupation* donne lieu à l'établissement de perceptions au profit de l'Etat, il y a lieu d'« envisager ces redevances comme des prix de *location* payés par les *concessionnaires* et représentant une partie des bénéfices qu'ils peuvent réaliser, grâce à l'occupation par eux, à titre privatif, d'une parcelle du domaine public national » (1). Ce n'est pas, véritablement, sans quelque dépit que l'on trouve ainsi confondues toutes les « occupations qui peuvent être autorisées sur le domaine public fluvial ou terrestre » (2).

Ainsi, la doctrine s'est révélée, pendant près d'un siècle, impuissante à fournir des solutions nettes et précises. Mais, tandis que les auteurs se transmettaient et aggravaient une confusion qu'ils ne paraiss-

(1) *Op. cit.*, t. IV, § 1584.

(2) Ducrocq d'ailleurs, il faut le reconnaître, suit fidèlement la pratique administrative de l'époque, qui confond sous ce même titre des situations aussi différentes que les emplacements occupés par les bâtiments des stations d'omnibus, les kiosques pour vente de journaux, les occupations souterraines qui ne changent pas la forme extérieure du domaine, les occupations superficielles, les servitudes concédées... V. la circulaire du Ministre des Travaux publics du 8 déc. 1879, *op. cit.*, t. IV, § 1585, p. 315, n° 1. — Enfin on observera encore que c'est toujours le mot *concession* que Ducrocq emploie pour désigner le « contrat *sui generis* propre au droit administratif » (?) portant aliénation (vente ou donation) des biens du domaine privé (v. *ibid.*, § 1748).

sent pas avoir soupçonnée, des faits nouveaux ne devaient pas tarder à exiger d'eux des précisions plus grandes. C'est qu'en effet, autrefois, les questions qui se posaient au sujet des utilisations du Domaine ne présentaient qu'un intérêt bien réduit : en dehors du problème très spécial des lais et relais et des créments futurs, du dessèchement des marais (qui se rapportent d'ailleurs plus exactement aux utilisations du domaine privé), l'on s'attachait surtout à la situation du riverain de la voie publique. Situation particulière, certes, mais qui, somme toute, ne présentait qu'un intérêt minime. Or, depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, des problèmes nouveaux se posent. Les travaux publics, autrefois rares et spéciaux, se multiplient et se généralisent; les grands services publics s'organisent; on assiste à la création des réseaux de chemins de fer, et déjà apparaissent de toute part des entreprises de distribution d'eau, de gaz et, bientôt, d'électricité. Pour permettre l'exécution de ces travaux, il a fallu utiliser le domaine public, et, de ce fait, concessions et permissions se sont vulgarisées et sont devenues des procédés de pratique courante. Il faut dès lors compter avec elles, s'y intéresser. Le juriste n'a pu se borner à les mentionner sans les étudier très sérieusement et profondément. Aussi, en l'espace de dix ou quinze ans, il n'est aucun traité de droit administratif qui ne leur ait consacré quelques développements: les mots « stationnement », « permission de voirie » ont conquis droit de cité, à côté de la concession qui subsiste, et tendent, petit à petit,

à acquérir chacun une physionomie particulière (1).

Ce travail de classification a été lent et pénible, et l'on peut même dire qu'il n'est pas achevé encore. Certes, les auteurs modernes n'appellent plus *concessionnaire* le titulaire d'une *permission de voirie*; certes, tout juriste a aujourd'hui le sentiment très net que la situation du cafetier qui a établi, sur le trottoir, sa « terrasse » diffère de la situation du permissionnaire qui a posé des conduites sous la voie publique. Mais, plaçage, stationnement, permission de voirie, concession, sont autant de termes encore imprécis, que chaque auteur emploie dans un sens différent. Il suffira, pour s'en convaincre, de parcourir les plus appréciés et les plus célèbres de nos Traités de droit administratif.

XIII. — M. MOREAU (2) classe les différents droits d'usage du Domaine en partant des pouvoirs de protection et de conservation que l'Administration exerce sur le Domaine. L'Administration peut prendre tantôt des mesures réglementaires, qui sont les règle-

(1) Ce mouvement s'observe très nettement, entre autres, dans les publications de la *Jurisprudence générale Dalloz*, qui suivent fidèlement le point de vue pratique du droit. C'est ainsi que, dans le *Répertoire* de 1863, v° *Voirie par terre*, la permission de voirie n'est autre chose que l'alignement et l'autorisation de construire (v. à la table alph.). Au contraire, dans le *Supplément* (1897), *cod. v°*, on ajoute un chapitre nouveau pour traiter de la Permission de voirie, considérée comme « le droit de faire de la voie publique un usage autre que celui qui, d'après le droit commun, appartient à tous les habitants » (n° 975).

(2) F. MOREAU, *Droit administratif*, Paris, 1909.

ments pour la police du domaine public, tantôt des mesures individuelles relatives à l'emploi qu'un particulier veut faire de ce domaine (1). La distinction ainsi posée paraît se ramener à la distinction, aisée en pratique, et que nous adopterons d'ailleurs par la suite, des utilisations communes et utilisations privatives. Mais, lorsque M. Moreau pénètre plus avant dans son étude, son vocabulaire et le classement qu'il propose apparaissent absolument arbitraires et différents de ce que l'on attendait. « Les permissions de voirie sur les routes nationales, dit-il (2), consistent dans l'autorisation donnée à un particulier soit de faire sur la route un dépôt temporaire d'objets mobiliers, soit d'adapter à une construction riveraine des saillies qui dépassent l'alignement..., soit d'occuper le sous-sol de la voie, par une canalisation par exemple... ». Cette énumération est loin de réaliser un classement juridique satisfaisant. Sous la qualification générale de permission de voirie, elle englobe des situations disparates, qui devraient être réparties dans des groupes différents. La situation du particulier qui a placé des conduites sous la voie publique diffère de la situation du particulier qui a déposé des matériaux au droit de sa propriété, ou qui a établi des saillies qui dépassent l'alignement : on aboutit ainsi, sans obtenir une classification juridique, à généraliser dangereusement la notion de permission de voirie.

(1) *Op. cit.*, § 423.

(2) *Ibid.*, § 439, p. 621.

Il est vrai que, plus loin, M. Moreau distingue deux autres situations : l'Usager userait du Domaine soit d'une manière normale, soit d'une manière anormale (1). « La concession, dit-il, a toujours le caractère d'une faveur individuelle et procure au concessionnaire une jouissance anormale et exceptionnelle du domaine public. Les occupations et stationnements peuvent être obtenus par quiconque les réclame et procurent une jouissance normale du domaine public ». Mais le critérium qui réside dans le concept de jouissance normale ou anormale du Domaine ne peut être maintenu. Tout d'abord, rationnellement, il est évident que toute utilisation du Domaine doit être normale. Utilisation normale ne peut avoir qu'un sens, à savoir : « conforme à la règle », et ce caractère doit appartenir aussi bien aux concessions qu'aux occupations et stationnements. Que si l'on entend utilisation normale dans le sens d' « utilisation conforme à la destination du Domaine », il n'apparaît pas alors que le critérium soit bien certain. Le fait, par exemple, de placer des conduites de gaz ou d'électricité est-il conforme ou non à la destination du Domaine ? Cela peut être fait, aux termes de la loi de 1906, soit par le procédé de la permission de voirie, soit par le procédé de la concession. Si l'on y voit une utilisation normale, la concession sort du cadre où M. Moreau l'avait placée, et où il ne restera rien ; si l'on y voit une utilisation anormale, c'est alors la

(1) *Ibid.*, § 440.

permission de voirie qui vient se confondre avec la concession, résultat tout aussi défectueux. D'ailleurs, le critérium d'utilisation normale, même ainsi entendu, est en lui-même inutilisable. Quelle est, par exemple, l'utilisation normale d'un cimetière ? Si c'est, comme nous le pensons, d'y ensevelir les morts, il ne faut plus parler de *concession* dans les cimetières, mais d'*occupation* ou de *stationnement*; et comment admettre une pareille terminologie ?

XIV. — M. H. BERTHÉLEMY (1) traite des utilisations du Domaine en étudiant les occupations temporaires (2). L'occupation, dit-il, doit ne gêner personne, et elle ne peut être dès lors qu'une tolérance administrative. Le procédé de réalisation technique paraît être la permission de voirie (art. 98 de la loi de 1884). M. Berthélemy observe d'autre part que le Domaine peut être occupé privativement, non seulement en vertu des permissions de voirie, mais encore en vertu des concessions de travaux publics (3). Entre les deux institutions, aucune confusion ne paraît possible; la notion de contrat est, en effet, un critérium très net qui distingue, au point de vue juridique, la concession de la permission.

Mais M. Berthélemy ne s'en tient pas à cette première classification. Poussant plus avant son analyse,

(1) H. BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif*, 10^e éd., Paris, 1923.

(2) *Op. cit.*, p. 439 et s.

(3) *Ibid.*, p. 447.

il distingue les diverses utilisations privatives du Domaine à caractère non contractuel. C'est alors qu'il présente la permission de voirie comme une occupation du Domaine « d'une manière non conforme à sa destination, alors que l'occupation des places sur un marché, le stationnement, et généralement tout ce que l'on pourrait appeler stationnement temporaire », est, au contraire, conforme à la destination du Domaine (1). Ainsi, la concession mise à part, par suite de son caractère contractuel, il resterait à répartir les utilisations privatives en deux classes : les *utilisations anormales* groupées sous la qualification juridique de permissions de voirie, qui comprendraient des situations absolument disparates, telles que les canalisations, l'installation des cabines, les pontons, les bateaux-lavoirs, les « terrasses » des cafés, les chaises à louer, les buvettes, les kiosques à journaux et même les dépôts temporaires de matériaux; en face, on trouverait, réalisées par le procédé juridique des stationnements temporaires, les *utilisations normales*, ce qui représente des situations telles que le plaçage, le stationnement des bateaux dans un port ou des voitures dans la rue. L'intérêt de la distinction se manifesterait surtout dans la nature différente de la redevance perçue dans les deux cas. En matière de stationnement temporaire, la redevance aurait le caractère de l'impôt, tandis que, en matière de permission de voirie, la redevance représenterait un

(1) *Ibid.*, p. 449.

loyer, c'est-à-dire, en définitive, la prestation prévue à un contrat. Et c'est bien ce que M. Berthélemy paraît admettre (1), bien qu'il ait distingué, d'autre part, la permission de voirie de la concession en observant, comme on l'a vu, que seule celle-ci est établie par un contrat, alors que celle-là résulte toujours d'un acte unilatéral de l'Administration.

C'est pour cette raison et pour celles exposées au sujet de la même classification adoptée en partie par M. Moreau (qui, comme on l'aura remarqué, a repris, pour distinguer la concession de la permission, le critérium de l'utilisation normale admis par M. Berthélemy pour distinguer les utilisations non contractuelles) que cette analyse juridique ne nous paraît pas encore satisfaisante.

XV. — M. HAURIU (2) aborde le problème d'un point de vue plus général. En étudiant le domaine public, M. Hauriou traite, en effet, des « utilisations individuelles des dépendances du domaine public » (3), qui comprennent, dit-il, *la circulation, le stationnement et le plaçage*. Ainsi, la circulation, qui paraît cependant bien être une utilisation générale et collective du Domaine, est classée parmi les utilisations individuelles, et, à ce point de vue déjà, la classification proposée, au moins quant à sa terminologie, est défectueuse. Il paraît difficile, en effet, de

(1) V. *ibid.*, p. 444-445, et *infra*, n° XXXVI.

(2) M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., Paris, 1921.

(3) *Op. cit.*, p. 682 et s.

considérer la circulation comme une utilisation individuelle du Domaine et de lui appliquer des règles identiques à celles qui régissent le stationnement et le plaçage. Ces deux dernières situations, quels que soient leurs caractères propres, doivent être tenues *a priori* pour absolument distinctes de la circulation, parce qu'elles concernent toujours *un individu* soumis à un statut spécial, et non *le public* considéré en général. N'importe qui peut circuler; aucun acte préalable ne doit intervenir comme condition de la circulation; il ne peut donc être question, dans ce cas, d'une utilisation individuelle du Domaine. Au contraire, il y a bien utilisation individuelle dans les hypothèses de stationnement et de plaçage, où l'on trouve alors, en face de l'Administration, non plus un individu quelconque, mais un permissionnaire, ou le titulaire du droit de place. Pour ceux-ci, il y a véritablement utilisation individuelle et situation juridique déterminée entre eux et l'Administration.

Si l'on en écarte la circulation, il reste, dans ce que M. Hauriou appelle les utilisations individuelles, le stationnement et le plaçage. Mais ces deux modes d'utilisation ne se distinguent pas nettement l'un de l'autre : en effet, de l'analyse que fait M. Hauriou, on ne peut dégager à leur sujet qu'un trait commun, qui est de ne comporter « qu'un droit d'usage *salva rerum superficie*, c'est-à-dire que ces utilisations ne comportent pas pour l'intéressé le droit de faire un établissement privatif entraînant emprise du Domaine et modification de l'assiette de celui-ci ». Et alors,

parvenu à ce point, M. Hauriou est tout naturellement conduit à opposer à ces « utilisations individuelles » (selon sa terminologie) ce qu'il appelle les « occupations temporaires » du domaine public. Les « utilisations individuelles » se présentent comme l'exercice d'un droit (bien qu'elles ne comportent pour l'intéressé aucun droit); les « occupations », au contraire, doivent être consenties par l'Administration, parce qu'elles dépassent la mesure du droit individuel (et, par contre, elles semblent ici entraîner un droit en faveur du bénéficiaire). Le signe révélateur qui permettra de distinguer ces « occupations temporaires », ce sera essentiellement (outre l'autorisation de l'Administration, que l'on rencontrait déjà en matière d'utilisations dites individuelles : stationnement et plaçage) « un établissement privatif entraînant emprise et modification de l'assiette » (1).

En résumé, M. Hauriou classe ainsi qu'il suit les divers modes d'utilisation du Domaine par les particuliers :

1° Modes d'utilisation individuelle, ce qui comprend :

- a) circulation;
- b) stationnement;
- c) plaçage;

2° Occupation temporaire, ce qui comprend :

- a) permissions;
- b) concessions;

(1) *Ibid.*, p. 685.

la ligne de démarcation entre les deux groupes étant fournie par le signe d'emprise entraînant modification de l'assiette du Domaine.

Cette classification, comme les précédentes, ne semble pas satisfaisante. Outre qu'elle présente la circulation comme un mode d'utilisation individuelle, alors que la permission de voirie et la concession que, logiquement, on serait bien tenté de classer dans cette catégorie, n'en font pas partie, on peut lui reprocher surtout d'aboutir à une séparation arbitraire. En tendant à assimiler la concession et la permission, elle perd de vue la distinction très juridique, posée notamment par M. Berthélemy, entre les situations contractuelles et les situations unilatérales (1); et cela est important, car l'assimilation faite par M. Hauriou paraît avoir entraîné, entre la situation du permissionnaire et la situation du concessionnaire, une confusion regrettable (2). Le critérium tiré de l'emprise sur le Domaine entraînant modification de l'assiette est intéressant à retenir comme sous-distinction, mais il ne suffit pas à répartir en deux grandes classes toutes les utilisations du Domaine. Au reste, est-il bien certain qu'une concession entraîne toujours, nécessairement, modification de l'assiette du Domaine ? N'y a-t-il pas, au contraire, des concessions qui reposent sur le Domaine par des établissements purement mobiliers, et serons-nous alors obligés de

(1) V. sur ce point *infra*, n° II.

(2) *Ibid.*

les faire sortir des « occupations temporaires » (1) pour les rapprocher du stationnement ou du placage ? Prenons un exemple : la situation d'une compagnie concessionnaire d'un service public d'autobus, avec son cahier des charges qui prescrit les points d'arrêt, les terminus, les refuges, ressortira-t-elle, dans la classification de M. Hauriou, du stationnement, de la permission ou de la concession ?

XVI. — La doctrine contemporaine présente encore, sur les utilisations du Domaine, une classification différente qui se dégage notamment des développements fournis sur ce point par M. DUGUIT (2).

M. Duguit se refuse à distinguer les autorisations, les permissions, les concessions et la situation du riverain de la voie publique ; pour lui, il ne faut voir, dans ces différentes hypothèses, ni un permissionnaire, ni un concessionnaire, ni un propriétaire riverain, mais simplement un usager d'un service public (3). « L'Administration, dit-il, ne peut faire aucun acte juridique qui, pour une portion quelconque de la voirie publique, aurait comme conséquence de supprimer son affectation précise et entière à la

(1) Et il y a lieu encore de signaler les confusions que cette expression peut amener, puisque ce que l'on appelle couramment « occupation temporaire » en droit administratif devrait être classé, selon la terminologie de M. Hauriou, dans les « utilisations individuelles ».

(2) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 4 vol. (dont 3 parus), Paris, 1921-1923.

(3) *Op. cit.*, t. III, § 76, p. 345.

circulation publique » (1). Si cette règle n'est pas incompatible avec une utilisation privative du Domaine, il en résulte cependant que cette utilisation sera toujours révocable. Quant aux formes que présente cette utilisation, M. Duguit distingue deux aspects principaux : permission et concession. La concession se révèle par l'existence d'un élément contractuel. Pendant sa durée (déterminée), l'Administration est liée. Au contraire, dans la permission, qui est accordée sans condition de durée et qui peut toujours être retirée, on ne trouve aucun élément contractuel. M. Duguit montre d'ailleurs comment la jurisprudence a pour effet de stabiliser la permission et de la multiplier, ce qui tend à la substituer, en pratique, à la concession.

Exacte en ce qui concerne la distinction établie entre la permission et la concession, cette classification est insuffisante pour l'ensemble des situations non contractuelles, que M. Duguit se refuse à distinguer. *A priori*, on ne voit pas que le propriétaire riverain de la voie publique soit dans une situation juridique identique à celle du titulaire d'un permis de stationnement, ou d'un permissionnaire. Et l'on aperçoit avec évidence cette insuffisance lorsque l'on suit M. Duguit, qui rapporte les différentes utilisations privatives du Domaine à l'idée de limitation de la compétence des agents, en face du Domaine. Le Domaine, ajoute-t-il, est défendu d'une autre manière

(1) *Ibid.*, p. 347.

(active) par la voie de droit des contraventions de voirie; là, il s'agissait de l'inaliénabilité et ici il s'agit de l'imprescriptibilité (1).

Cette opposition entre l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du Domaine est tentante, de même que le double aspect du problème, qui est montré sous la face préventive de la compétence et sous la face répressive de la voirie. Mais, à la réflexion, il apparaît que la réalité ne se plierait pas sans difficulté à cette construction. On ne voit pas que la voirie (et il faudrait, ici au moins, distinguer entre la grande et la petite voirie) corresponde exactement à la limitation de compétence des agents; il n'est même pas prouvé que toute utilisation du Domaine relève des règles répressives de la voirie. Quelque intéressante que puisse être pour notre étude un rappel de la théorie générale de la voirie, que nous chercherons d'ailleurs à utiliser, celle-ci ne paraît cependant pas pouvoir résoudre d'une manière satisfaisante et suffisamment précise le problème de l'analyse et de la classification des divers modes d'utilisation du Domaine.

XVII. — Ainsi, les recherches de doctrine que l'on vient de faire révèlent le désaccord le plus complet sur la matière de cette étude, même en ce qui concerne les questions de vocabulaire (2). Une seule idée

(1) *Ibid.*, p. 350-351.

(2) On se rendra compte des troubles qu'entraînent les qualifications contradictoires et arbitraires des différents modes d'utilisation

se dégage de l'ensemble de ces recherches : c'est que la concession obéit à des règles propres. Introduite dans notre droit administratif sous l'influence du droit privé, elle s'est certes transformée, au cours du siècle dernier, par l'effet de la jurisprudence et de la doctrine, mais elle a conservé toujours, en souvenir de ses origines, l'élément contractuel qui lui est propre et qui oblige à lui faire une place à part.

Cette analyse, cependant, est insuffisante, et il est

du Domaine si l'on oppose par exemple au classement adopté par M. Hauriou le classement adopté par MM. Tardieu, Fernet, Pinot et Duléry dans l'article *Voirie terrestre* (n^{os} 263 et s.) du *Répertoire* de Béquet. Au fond, ces auteurs opposent très nettement la permission et la concession en faisant état de l'élément contractuel qui caractérise celle-ci (bien qu'ils admettent cependant que le permissionnaire « peut avoir passé un véritable traité » (*op. et loc. cit.*, n^o 341), ce qui tend à provoquer une confusion certaine) ; de même, comme M. Hauriou, ils tiennent compte très exactement de l'emprise pour distinguer les différentes utilisations du Domaine (v. *ibid.*, n^{os} 273 et 288) : aussi n'avons-nous pas cru devoir exposer leur théorie d'une manière spéciale. Mais, abstraction faite de ces ressemblances de fond, la terminologie de ces auteurs est si particulière que l'on ne s'y reconnaît véritablement plus. Pour eux, en effet, la permission de voirie qu'ils opposent à la concession est d'un ordre très général : d'ailleurs la définition qu'ils en donnent (« autorisation donnée à un particulier, par l'autorité administrative compétente, de faire de la voie publique un usage autre que celui qui, d'après le droit commun, appartient à tous », v. *ibid.*, n^o 271) convient en réalité à toutes les utilisations privatives du Domaine, y compris la concession. Et, dans la permission de voirie, il faudrait distinguer : 1^o le stationnement et le dépôt, caractérisés par l'absence d'emprise ; 2^o les occupations temporaires, qui emportent au contraire emprise et modification de l'assiette de la voie, et 3^o les saillies. De telle sorte que le permis de stationnement deviendrait une catégorie de permission de voirie au même titre que les occupations temporaires, — alors que celles-ci, au contraire, contiennent la permission de voirie, et la concession par surcroît, dans le classement de M. Hauriou,

nécessaire de reprendre, dans leur ensemble, les différentes situations qui se présentent pour préciser, à l'égard de l'Administration et du Domaine, les situations diverses dans lesquelles les usagers peuvent se trouver placés.

Le rapide examen de doctrine que l'on vient de faire, et qui démontre la confusion et l'incertitude de toutes les analyses présentées par les auteurs, justifie l'essai de classification que l'on va maintenant proposer. La distinction fondamentale à adopter pour examiner les divers modes d'utilisation du Domaine est celle qui paraît à la fois la plus rationnelle et la plus juridique : elle consiste à étudier séparément les UTILISATIONS COMMUNES (1), qui sont celles dont bénéficie *le public*, ou *un public*, considéré collectivement, et les UTILISATIONS PRIVATIVES, dont ne jouit, au contraire, qu'*un individu* déterminé. C'est dans ces deux groupes principaux que nous allons répartir, en nous efforçant de les distinguer nettement au point de vue juridique, les différents modes d'utilisation du Domaine.

(1) Ce qui correspond, sous une qualification qui paraît préférable en droit par les idées plus précises qu'elle éveille, aux utilisations dites *collectives* par certains auteurs.

La classification des différents modes d'utilisation du domaine par les particuliers.

PREMIER GROUPE

LES MODES D'UTILISATION COMMUNE

LE PRINCIPE DE LA DISTINCTION DES UTILISATIONS COMMUNES ET DES UTILISATIONS PRIVATIVES.

XVIII. — Il ne paraît, à première vue, y avoir aucune difficulté à distinguer en deux groupes parmi les utilisations du Domaine, d'une part, les modes d'utilisation commune ou collective, et, d'autre part, les modes d'utilisation privative. Les premiers se rapportent aux utilisations du Domaine qui existent en faveur de tous et s'exercent par tous dans des conditions identiques. Tous les passants, tous les promeneurs usent de la rue au même titre; nul n'a plus de droit que moi-même à traverser la chaussée en un point déterminé.

Ces utilisations communes existent même, et cela mérite d'être relevé, en faveur d'usagers qui n'accom-

plissent aucun acte positif d'usage. Cette hypothèse se trouve réalisée notamment dans l'espèce des dépendances artificielles du Domaine qui ont pour but d'assurer la protection d'un public ou d'une région : c'est ainsi que, à tout instant, nous sommes usagers de la partie du Domaine qui nous protège contre l'envahissement des eaux, ce qui est le cas pour les digues, barrages, etc... (1). Il est évident que cette situation sera pour l'individu, et au point de vue juridique, la plus précaire. Elle a son importance cependant, parce qu'elle permettrait peut-être de justifier, ou tout au moins de placer dans un cadre mieux approprié, la théorie des « droits » des particuliers au fonctionnement des services publics. Il est difficile, en effet, de prétendre que l'Usager a un droit au fonctionnement d'un service public. Si, au contraire, le service public repose sur le Domaine, il y a, à la base du droit, une réalité tangible et certaine, et il serait possible, peut-être, de justifier un droit au fonctionnement du service en se présentant comme usager du Domaine (2).

(1) Les parties du domaine public affectées aux besoins de la défense nationale (les places fortes en particulier) fourniraient un autre exemple.

(2) Il ne peut être question d'entreprendre ici une théorie générale de la domanialité publique considérée dans ses rapports avec les services publics, alors surtout que nous voulons conduire notre classement abstraction faite de toute théorie du Domaine. Nous voulons dire simplement que le point de vue se modifierait en faveur de l'usager si celui-ci pouvait obtenir le fonctionnement d'un service public en tant qu'usager du Domaine. Il convient d'observer, d'ailleurs, que les auteurs qui se refusent de la manière la plus énergique à reconnaître un « droit » aux usagers du service public paraissent cependant admettre l'assimilation des théories du Domaine et du service

En définitive, on devra classer dans le groupe des utilisations communes toutes celles dont bénéficient les particuliers d'une manière générale, sans avoir à invoquer aucun titre spécial. Elles résultent, si l'on veut, du fait même de l'existence et de l'établissement de rapports de fait plus ou moins directs avec le Domaine. Pour traverser la chaussée, il n'y a à remplir aucune formalité, aucune condition préalable; l'indigent use de la rue au même titre que le contribuable le plus lourdement grevé, l'étranger comme le Français, et, sur ce point, le citoyen n'a aucun privilège. Il n'y a en présence que le Domaine et l'Usager anonyme; celui-ci n'use pas d'un droit individuellement acquis, car l'utilisation du Domaine se confond ici, comme on le verra par la suite, avec l'exercice des libertés individuelles. Dès lors, les rapports qui s'établissent entre l'Administration et le particulier sont les rapports généraux qui existent entre le pou-

public. C'est ainsi que M. JÈZE écrit dans son *Cours de droit public* de 1921, p. 73 : « C'est l'idée de service public qui sert à classer les dépendances du *Domaine* de l'Administration en *dépendances du domaine public* et *dépendances du domaine privé*. Un point certain, c'est qu'il ne peut y avoir dépendances du domaine public que *si la chose est affectée à un service public*. D'autre part, l'idée de service public est à la base de toutes les règles du régime juridique que l'on appelle *le régime du domaine public* et qui diffère du régime juridique de la propriété privée. » En présence des solutions positives de la jurisprudence et des lois, il n'est pas possible d'assimiler absolument domaine public et service public (ce qui est d'ailleurs regrettable pour la simplification réciproque de ces notions) ; mais il ne paraît pas impossible de prétendre, par contre, que le Domaine peut être une voie détournée par laquelle l'usager peut agir sur le service public, *dans la mesure où, en fait, les deux notions se trouvent superposées*. V. d'ailleurs sur ce point *infra*, n^{os} XXIII et s.

voir et tout individu. Le fait que ces rapports naissent sur le domaine public ne modifie pas leur nature. Ce premier mode d'utilisation du Domaine, qui se ramène à l'exercice des libertés individuelles, dépasse dès lors le cadre des relations du droit administratif et doit trouver sa place dans une théorie du droit public général. Envers cet usager, qui n'est autre que « l'homme de la rue », l'Administration peut prendre toutes les mesures imposées par les besoins de *police* (1) : elle pourra notamment réglementer l'exercice du droit, mais elle ne pourra jamais en retirer la jouissance. Interdire la circulation d'une manière absolue est chose impossible; prévoir dans une rue la circulation à sens unique est, au contraire, chose régulière.

XIX. — Il serait inutile de préciser davantage le caractère de ces utilisations communes, si cela n'était nécessaire pour les distinguer nettement des utilisations privatives. En effet, quelque différents que soient ces deux modes d'utilisation du Domaine, on peut se trouver en présence de « cas limites » que l'on hésite à classer dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Une analyse exacte de ces hypothèses doit sans difficulté faire disparaître toute hésitation. En effet, si l'on reconnaît l'utilisation commune au caractère impersonnel de l'Usager, chaque fois que l'on se

(1) En entendant ici ce terme dans son sens le plus large et non dans un sens technique.

trouve en présence d'un usager doté, à un titre quelconque, d'un statut juridique personnel, on se trouve dans une hypothèse d'utilisation privative. La distinction a son importance, car, comme on le verra, les « droits » de l'Usager sont absolument différents et leur protection surtout est tout autre. Et c'est pour cela qu'il convient d'éviter soigneusement toute expression amphibologique qui conduirait à confondre les deux modes d'utilisation, comme cela a lieu trop fréquemment dans le vocabulaire employé par les auteurs, les juges et le législateur.

XX. — Un exemple de cette confusion déplorable se trouve dans un arrêt récent de la Cour de cassation (1). Il s'agissait, dans cette espèce, de rechercher si un maire avait pu légalement interdire de laisser des véhicules, ne servant pas à un besoin immédiat, arrêtés sur la voie publique; par application de l'arrêté municipal portant cette interdiction générale, un voyageur de commerce qui a laissé son automobile arrêté dans la rue pendant plus de trois quarts d'heure doit-il être frappé des peines de simple police? Si l'on veut bien rechercher la situation juridique du contrevenant, on s'aperçoit sans difficulté que celui-ci usait de la voie publique d'une manière commune. Le voyageur de commerce qui visite des clients ne fait qu'exercer ses libertés individuelles, qui lui permettent à la fois de vaquer librement à son commerce

(1) Cass. crim., 29 nov. 1923, *Dalloz hebdomadaire*, 1924, p. 5.

et d'aller et de venir. Or, il est bien évident que la liberté d'aller et de venir comporte également la liberté de s'arrêter, et le fait que l'arrêt se prolonge au delà d'une durée quelconque ne saurait, juridiquement, modifier la nature et les caractères de cet arrêt.

Quels sont dès lors, à l'égard de cet usager anonyme, les pouvoirs de l'Administration ? Ce sont les pouvoirs généraux de police, et ceux-ci ne peuvent avoir pour effet de retirer au particulier la jouissance de son droit : ils peuvent seulement en réglementer l'exercice. Dès lors, l'arrêté municipal qui interdit à toute voiture de s'arrêter sur la voie publique est nécessairement irrégulier, car il n'est pas concevable que les véhicules soient astreints à une circulation active ininterrompue. Au contraire, aurait été régulier l'arrêté municipal qui aurait prévu que les véhicules inutilisés pendant un certain temps doivent être garés en des lieux déterminés. En l'absence d'une semblable disposition, il semble bien que le voyageur de commerce était fondé à soutenir l'illégalité du texte qu'on lui opposait.

La Cour de cassation, cependant, dans l'espèce citée, a reconnu la légalité de l'arrêté municipal. Cette décision ne se peut expliquer que si l'on tient compte des expressions employées par le maire et adoptées, à tort, par les juges. En effet, l'arrêté municipal était rédigé en ces termes : « Il est interdit de laisser *stationner* sur la voie publique des véhicules attelés ou non attelés ne servant pas à un besoin immédiat. Ce

stationnement, quand il est nécessaire, ne peut avoir lieu qu'à main droite ». Inconsciemment ou non, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a subi l'influence du terme *stationnement* qui évoque l'idée d'une utilisation privative du Domaine. Certes, l'autorité municipale est libre, au moins en principe, d'accorder et de refuser, ou d'interdire tout stationnement : mais, en l'espèce, il ne s'agissait pas de stationnement, mais bien d'une utilisation commune du Domaine. Celle-ci ne pouvait être l'objet, de la part de l'Administration exerçant ses pouvoirs de police, que de mesures comportant réglementation d'exercice et non interdiction de jouissance.

De nombreuses décisions de jurisprudence ont distingué cependant, contrairement à l'arrêt précité de la Chambre criminelle, les utilisations communes des utilisations individuelles ou privatives. Le Conseil d'Etat surtout s'est attaché à cette distinction. C'est ainsi qu'il a reconnu que le maire de Bordeaux « *a porté atteinte à la liberté de l'industrie* des entrepreneurs transporteurs et camionneurs » en voulant assujettir ces entrepreneurs à des formalités spéciales pour permettre la circulation de leurs voitures (1). Il a précisé de même que, « s'il appartient au maire de réglementer, dans l'intérêt de la sécurité et de la salubrité publiques, ainsi que de la commodité de la circulation, la profession de marchand ambulant, il ne peut, *sans porter atteinte à la liberté accordée au*

(1) Cons. d'Et., 20 mai 1904, *Lamarthonie*, p. 409.

commerce par la loi des 2-17 mars 1791, subordonner l'exercice de ladite profession à la délivrance d'une autorisation qu'il se réservait d'accorder ou de refuser discrétionnairement » (1).

Enfin, une décision plus récente encore a marqué d'une manière particulièrement nette la distinction entre l'arrêt et le véritable stationnement : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le maire de Nice n'a pas entendu assimiler les voitures d'excursion des requérants à des voitures de place, ni leur assigner un lieu de *stationnement* obligatoire; mais qu'après avoir reconnu auxdits requérants *le droit de faire attendre* ces véhicules devant leurs bureaux et agences pendant le temps nécessaire à la prise en charge des voyageurs préalablement inscrits, il s'est borné à régler la circulation desdites voitures dans l'intervalle des heures de départ, en laissant à leurs propriétaires le choix entre le retour au garage et l'arrêt à la station commune; qu'en agissant ainsi en vue d'assurer la commodité et la sécurité du passage sur la voie publique, le maire de Nice a édicté des prescriptions compatibles avec *l'exécution de l'industrie des requérants*, et n'a fait qu'user des droits de police qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 » (2).

(1) Cons. d'Et., 5 juin 1908, *Rivcrain et Henry*, p. 608-609. — V. dans le même sens Trib. civ. d'Autun, 11 avril 1906, à la *Revue générale d'administration*, oct. 1906, p. 198. — V. encore Cass., 21 déc. 1894, D. P. 1898. 5. 62.

(2) Cons. d'Et., 3 mai 1918, *Société niçoise de transports par automobiles et autres*, p. 407. — Il convient d'observer cependant que par

XXI. — Ces exemples, choisis dans la plus récente jurisprudence, et qui révèlent toute la différence qui distingue la situation de l'Usager individuel de la situation de l'Usager commun, montrent combien il est nécessaire de délimiter exactement les deux modes d'utilisation. Le critérium provisoire précédemment adopté, qui consiste à dire : dans le premier cas, l'Usager est *juridiquement individualisé*, tandis que dans le second cas l'Usager est, au contraire, *juridiquement anonyme*, doit être dès lors précisé. En effet, l'Administration viendra parfois prétendre (comme elle l'a fait au sujet des camionneurs ou des marchands ambulants dans les espèces précédemment citées) que, pour user du Domaine, il ne suffit pas d'être « l'homme de la rue » et elle cherchera alors à imposer à l'Usager une investiture préalable et spéciale. C'est à ce point de vue qu'il y a lieu d'examiner notamment la jurisprudence intervenue en matière de voitures de vidanges (1). La Cour de cassation avait d'abord reconnu la *situation juridique* du *stationnement* à l'arrêt des voitures de vidanges sur la voie publique pour les besoins de leur utilisation; elle en avait conclu que ce stationnement, d'une espèce un peu particulière, pouvait être frappé d'un droit

la suite de cet arrêt, et pour des considérations qui d'ailleurs ne se dégagent pas nettement du texte rapporté au *Lebon*, le Conseil d'Etat admet la validité des *droits de stationnement* établis et perçus contre cette société.

(1) V. Cass. req., 21 juin 1880, et Cass. civ., 22 déc. 1903 (D. P. 1881. 1. 40 et 1907. 1. 374).

« perçu d'après la quantité des matières utilisables extraites, ladite quantité prise comme moyen de calculer la durée et l'importance du stationnement ». Mais, par une jurisprudence postérieure, la Chambre civile a reconnu que « la vidange des fosses d'aisances est un fait nécessaire et inhérent à la jouissance de la propriété privée » ; il faut y voir dès lors l'exercice du « droit d'accès ou de dépôt momentané qu'ont les propriétaires riverains de la voie publique pour le service de leurs immeubles ; ils tiennent ce droit de la loi et de leur situation et non d'une concession de l'autorité ».

Or, dans cette jurisprudence, la Cour de cassation s'était efforcée à distinguer juridiquement la situation de l'Usager en faisant appel à la notion d'usage *normal* et d'usage *anormal* du Domaine ; c'est dans les hypothèses d'usage anormal que l'Usager devrait obtenir une investiture spéciale. Mais les hésitations que décèle précisément la jurisprudence montrent combien ce critérium est artificiel. La distinction entre l'usage normal et l'usage anormal du Domaine, outre qu'elle paraît conduire à des confusions nouvelles (1), est incertaine et peu juridique.

Il faut, au contraire, poser comme point de départ

(1) En effet, cette distinction est admise par certains auteurs, M. H. Berthélemy notamment (v. *suprà*, n° XIV), pour classer les divers modes d'utilisation privative. Comment admettre dès lors que l'on puisse distinguer les utilisations collectives des utilisations privatives en reconnaissant à celles-là le caractère d'usage normal, si les autres doivent à leur tour se subdiviser en utilisations normales et anormales ?

certain en droit qu'il doit exister une différence juridique entre la situation de l'Usager qui use du Domaine sans entrer préalablement en rapport avec l'Administration et la situation de celui qui, au contraire, doit d'abord obtenir une autorisation (1).

Dans le premier cas, on se trouve en présence de ce que nous avons appelé un mode d'utilisation commune; dans le second cas, il y a utilisation privative. La distinction entre les deux hypothèses paraît si évidente qu'il est difficile de concevoir une hésitation. Cependant, comme l'Administration vient prétendre parfois qu'un usager qui présente tous les caractères de l'usager commun devrait se placer dans une situation individuelle, il est nécessaire de rechercher les signes qui permettent de distinguer, d'une manière infaillible, chacune de ces situations.

SIGNES DISTINCTIFS DES MODES D'UTILISATION COMMUNE DU DOMAINE.

XXII. — Un premier moyen à retenir pour reconnaître, et sans difficulté, l'utilisation commune, consisterait à transposer en notre matière un raisonnement analogue à celui utilisé par Kant pour révéler la règle morale. Pour reconnaître si un acte est juste et moral, on peut généraliser par l'esprit l'accomplissement de cet acte. Il est, ici, possible de procéder de

(1) Sans qu'il soit besoin de préciser pour l'instant les différences qui peuvent exister entre l'autorisation, les permissions, etc...

même. Mis en présence d'une situation donnée, il sera facile de reconnaître si l'utilisation du Domaine qu'elle suppose est de celles qui doivent appartenir à tous, ou s'il faut, au contraire, la réserver aux bénéficiaires d'une autorisation préalable. Ainsi, concevrait-on qu'il ne soit pas permis au public tout entier, considéré comme une masse dont les divers composants ne sont pas individualisés, d'aller et de venir sur la voie publique, ou de bénéficier de la protection et du bien-être que le Domaine tend à assurer ?

D'autre part, si l'utilisation commune se distingue juridiquement de l'utilisation privative, c'est que celle-ci résulte d'une investiture préalable, en faveur de l'Usager. Cette investiture doit dépendre pour une part, aussi réduite soit-elle, d'un certain pouvoir d'appréciation reconnu à l'Administration. Dès lors, le critérium de généralisation peut s'exercer en examinant une situation quelconque de la manière suivante : est-il concevable qu'il puisse appartenir à l'Administration, même pour une part minime, de refuser à un particulier cette utilisation du Domaine ? Si l'on se pose cette question au sujet du voyageur de commerce ou du riverain de la voie publique qui fait appel aux voitures de vidanges pour les besoins de son immeuble (1), on est bien forcé de répondre par la négative : on ne peut concevoir, en effet, que l'Administration puisse autoriser *un seul* voyageur de commerce à faire attendre devant la porte de ses

(1) V. *suprà*, n^{os} XX et XXI.

clients la voiture où se trouvent ses échantillons, ou *un seul* propriétaire à assurer la vidange de ses fosses. Dans ces deux hypothèses, il y a donc bien utilisation collective.

XXIII. — Ce premier critérium, qui fait appel au raisonnement et au bon sens plus qu'au droit pur, permettrait, dans tous les cas, de reconnaître les modes d'utilisation commune. Il conduit cependant, par les notions qu'il sous-entend, à rechercher des critères plus juridiques. Lorsque l'on dit, en effet, qu'il n'est pas concevable que l'Administration puisse dans certains cas refuser à un particulier l'usage du Domaine, c'est que l'on conçoit l'existence de « droits », en faveur de ce particulier, qui doivent échapper à l'atteinte de l'Administration. Or, ceux-ci ne sont, comme on l'a vu déjà, que les « droits individuels ». Il est donc permis de dire que chaque fois qu'un particulier va user du Domaine par le libre exercice de ses libertés individuelles, il en usera à titre commun (1). Mais il faut alors préciser, au point de vue juridique, la notion de droits individuels.

(1) On a vu précédemment (v. n^{os} XX et XXI) que la jurisprudence n'hésite d'ailleurs pas à invoquer sur ces points les droits individuels.

Au point de vue de l'élégance du vocabulaire, il est véritablement regrettable que l'on soit obligé de dire que les libertés *individuelles* entraînent utilisation commune du Domaine. Il ne paraît cependant pas possible de rejeter l'expression classique « libertés individuelles » ; celle-ci est cependant bien mauvaise en soi, puisque les libertés dites individuelles sont celles qui, en définitive, appartiennent à tous. *Li-*

Sans qu'il soit besoin d'insister sur ce point, il suffira de rappeler :

1° Que les droits individuels ne concernent que ce que l'on appelle les *libertés définies*. Pour pouvoir se traduire en fait par une libre utilisation du Domaine, un droit individuel doit être législativement (ou réglementairement) posé;

2° Qu'il n'y a véritablement liberté individuelle que dans la mesure où une liberté a été définie *en dehors de toute disposition préventive*. On peut dire, d'une manière générale, que le « préventisme » se traduit nécessairement, dans les utilisations du Domaine, par un mode privatif, car il suppose essentiellement une investiture préalable donnée à l'Usager;

3° Que l'utilisation commune du Domaine suppose donc, dans l'ensemble, un *régime de droit* et non un *régime de police*. La police n'intervient à l'égard des libertés définies que sur le terrain réduit de l'exercice du droit, sans pouvoir atteindre la jouissance (1).

Il est intéressant de rappeler cette notion de « droits individuels » à la base des utilisations communes du Domaine : elle permet d'expliquer l'attribution à tous les usagers de certaines actions populaires qui se présentent comme la traduction juridique de la

bertés naturelles ou mieux *libertés définies* (ce qui aurait l'avantage de rejeter hors des concepts juridiques les libertés philosophiques) seraient des appellations préférables.

(1) V. la distinction entre le régime de droit et le régime de police dans L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, § 93.

qualité d'usager (1). C'est ainsi d'ailleurs que M. R. Saleilles (2) analysait les interdits donnés pour la conservation du domaine public à Rome, interdits qui pouvaient entraîner, au cas de formule arbitraire, une condamnation pécuniaire. « En notre matière, dit-il (3), alors même que l'abus de jouissance ne cause actuellement aucun dommage direct à qui que ce soit, tous n'en ont pas moins un intérêt personnel à le faire cesser; et la vérité est qu'ici personne n'est sans intérêt direct, même en l'absence de préjudice actuel souffert dans ses biens ou menaçant pour ses propriétés. Toute détérioration d'un bien public porte une double atteinte aux droits des particuliers; ceux-ci sont atteints d'abord dans leur droit de propriété sur les choses publiques en général, et ensuite dans leur droit d'usage sur les choses spécialement réservées au public... »

XXIV. — Pour resserrer plus encore les hypothèses dans lesquelles un signe révélateur fait apparaître l'Usager commun on peut, abandonnant la théorie de droit public général des libertés individuelles, faire appel, dans notre droit administratif, à la théorie du *service public*. A ce point de vue, il est possible de dire, dans l'ensemble, que, chaque fois qu'il s'agit du fonctionnement d'un service public, le principe de

(1) V. *infra*, n° XXV.

(2) R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, 1889.

(3) *Op. cit.*, n° 16, p. 31.

l'égalité de tous devant le service doit avoir pour effet de placer tous les usagers dans la situation anonyme des utilisations communes (1).

Il est bien certain que, lorsqu'on use du Domaine par l'intermédiaire d'un service public, l'Usager de ce service est dans une situation absolument anonyme. Le fait, pour pouvoir bénéficier du service, d'être astreint à l'accomplissement de certains actes (2) ne change rien à cette situation, car il suffit à qui que ce soit d'accomplir ces mêmes actes pour se trouver dans une situation identique et tout aussi générale : je ne sors pas de mon anonymat juridique pour avoir pris un billet de chemin de fer ou de tramway ; toute personne qui prendra un billet dans les mêmes conditions que moi sera dans une situation identique (3).

(1) Il est bien entendu qu'il s'agit ici de l'usager du service public et non du service public lui-même considéré comme usager du Domaine. Les observations qui suivent font donc abstraction du mode juridique de réalisation du service public, permission ou concession.

Le passage de la théorie des droits individuels à la théorie du service public se trouve indiqué par M. HAURIU dans son *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923. En étudiant les caractères juridiques des libertés individuelles, M. Hauriou leur reconnaît le caractère de *droits réels* (?), « car ils sont des facultés mises directement à la disposition de l'individu, et ils sont opposables à tous. D'ailleurs, ils tendent tous soit à se présenter sous la forme d'une propriété, soit à engendrer un statut... Le droit aux bénéfices des services publics et le droit à l'assistance publique se présentent eux-mêmes sous l'aspect du statut réel de l'habitant ou de l'indigent, qui confèrent l'aptitude à bénéficier des avantages publics, et non pas sous l'aspect de droits de créance contre l'Etat ». (*Op. cit.*, p. 96, et note 1.) V. *infra*, p. 59, note 1.

(2) Qui correspondent à ce que MM. Duguit et Jèze appellent, dans leur terminologie particulière, des *actes-condition*.

(3) Il faut admettre d'ailleurs, quelque déplaisant que cela puisse

Il résulte de cette analyse, toute générale qu'elle soit, que l'usager du service public, même dans l'hypothèse du chemin de fer et du billet pris au guichet, ne se trouve pas, juridiquement, dans une situation contractuelle vis-à-vis de ce service. C'est en ce sens que l'on a pu justement établir que l'Usager n'avait

être au point de vue de la terminologie, une solution identique dans les hypothèses où le bénéfice de l'utilisation du Domaine (soit d'une manière directe, soit d'une manière indirecte par la voie d'un service public) est subordonné à une situation juridique individuelle de l'usager. Ainsi, celui-ci peut être amené à établir sa qualité juridique de militaire, ou son âge, ou son statut de député, pour obtenir certaines réductions sur les réseaux de chemin de fer. Il appartient toujours cependant à la classe des usagers juridiquement anonymes, — car *tous* les militaires, *tous* les mineurs, *tous* les députés utilisent le service dans des conditions identiques. Bien que l'usager ait dû établir sa situation juridique personnelle, ce n'est pas à un titre personnel que l'usage du Domaine lui appartient; c'est parce qu'il a prouvé ainsi qu'il appartenait à une collectivité qui bénéficie d'une manière générale de cet usage. Au sein de cette collectivité, notre usager, qui a dû s'individualiser au moment d'accomplir l'« acte-condition », reste juridiquement anonyme. Au point de vue de la clarté et de la simplicité des explications, cette analyse peut être jugée quelque peu spéieuse. Il semble cependant qu'elle doive être admise sans aucune difficulté : il faut tenir compte, en effet, que le caractère anonyme de l'usager doit s'apprécier uniquement au regard de l'utilisation du Domaine. Le fait pour cet usager d'avoir dû établir d'abord sa situation juridique personnelle ne représente que l'accomplissement d'une formalité; de même que la liberté d'association existe, bien que les associations, pour exister juridiquement, doivent au préalable effectuer une déclaration, de même il y a liberté ou usage commun (ce qui est dans le même plan en ce qui concerne la police) dans l'espace du député qui doit établir son identité pour obtenir son parcours gratuit. Lorsque cet usager établit son identité, il accomplit un acte juridiquement équivalent à celui qu'accomplit l'usager anonyme en prenant un billet. Dans l'un et l'autre cas, de même d'ailleurs que pour l'association, il ne peut être question d'une libre autorisation de l'Administration pour permettre d'utiliser le Domaine.

pas *droit* au fonctionnement du service public (1). Et c'est à cause de cette situation juridique que, l'Usager ne pouvant établir *un droit* au fonctionnement du service, il est peut-être préférable de fixer son statut en fonction du Domaine et non en fonction du service (qui ne constitue, somme toute, qu'un procédé technique d'organisation) (2).

(1) Dans son *Traité de droit constitutionnel* (2^e éd., Paris, 1921..., t. II, § 8), M. Duguit s'exprime en ces termes : « ...on peut parler de situation juridique subjective quand un acte de volonté individuel est intervenu. Or, ici, il n'y a point eu d'acte individuel; il n'y a pas de situation subjective. Le particulier se trouve dans une situation légale ou objective. Il est, à l'égard de la loi qui crée et organise un service public, dans la situation où il est à l'égard de toute loi. Il peut agir dans les limites fixées par la loi du service, c'est-à-dire qu'il peut user du service dans les conditions déterminées par l'acte qui l'a créé et organisé. Si le particulier fait une déclaration de volonté ayant un objet et un but conformes à la loi du service, une situation juridique concrète naîtra pour lui... Dans tout cela, on aperçoit aisément les caractères et les conséquences de la situation légale ou objective » (*op. et loc. cit.*, p. 65). — M. JÈZE a repris cette démonstration, notamment dans son *Cours de droit public*, Paris, 1923, p. 11. M. Hauriou, dans son *Droit administratif*, 10^e éd., 1921, p. 347, arrive à une analyse analogue lorsqu'il dit : « L'Administration [considérée comme assurant la gestion des services publics] a des obligations vis-à-vis du public, mais non pas vis-à-vis des individus. L'individu est pour l'Administration *un tiers* avec lequel elle a de simples relations de voisinage... L'action de l'Administration s'exerce dans le domaine de la vie publique, celle de l'administré dans le domaine de la vie privée. Comme l'exécution des services publics est du domaine de la vie publique, l'administré n'a pas, en principe, de pouvoir individuel sur les services. Non seulement il n'a pas de droit de créance contre l'Administration pour exiger la prestation des services publics, mais il n'a aucun pouvoir de contrainte d'aucune sorte... » (V. d'autre part *ibid.*, p. 544 et s., et *Principes de droit public*, 1910, p. 94 et s., la réfutation du prétendu *droit à l'assistance*.)

(2) V. *suprà*, p. 43, note 2.

XXV. — Si l'on doit admettre ainsi que l'Usager du service public n'est pas dans une situation contractuelle (qui caractériserait un usager à titre singulier), il faut se garder d'entendre cette proposition dans un sens de généralisation absolue. Les situations juridiques ne peuvent être considérées sous l'aspect d'un bloc rigide, aux surfaces nettes; elles possèdent, au contraire, une complexité native qui les révèle, à l'étude, nuancées et souples. Dans notre matière, on admettra, sans difficulté, que le voyageur n'a pas conclu avec la compagnie de chemin de fer, malgré les apparences, un « contrat de guichet » ou « d'adhésion »; mais ne se refusera-t-on pas à accepter une solution identique à l'égard de l'Usager du service public de la distribution du gaz, par exemple, qui a conclu avec la compagnie concessionnaire une police d'abonnement? Il est incontestable, en effet, que cet usager paraît bien être, à l'égard de la compagnie qui gère le service public de distribution, dans une situation contractuelle. Cela n'est exact, cependant, que dans une certaine mesure: s'il y a bien situation contractuelle en ce qui concerne, par exemple, la stipulation d'un minimum de consommation, on ne saurait en déduire que tous les rapports entre l'abonné et la compagnie sont contractuels et révèlent une situation individualisée. Et, de fait, les tribunaux ont dû bien souvent rechercher la nature exacte des liens juridiques qui existent entre une compagnie concessionnaire et ses abonnés. Il est intéressant d'examiner sur ce point les solutions adoptées par la jurisprudence,

telle qu'elle résulte notamment des arrêts Cass. Req., 19 juillet 1920 et 4 mai 1921 (1), et Cass. civ., 20 février 1923 (2).

Les trois arrêts rendus par la Cour de cassation dans ces espèces se rapportent à la situation juridique des usagers du service public de la distribution du gaz ou de l'électricité. Dans l'espèce résolue par l'arrêt du 19 juillet 1920, il s'agissait de savoir si le concessionnaire qui a augmenté le prix du gaz à la suite d'un événement et dans une proportion prévus au cahier des charges peut imposer ce nouveau tarif aux abonnés : l'arrêt décide que les majorations de tarif ne sont opposables aux abonnés en cours que dans la mesure où la police d'abonnement contient une référence au cahier des charges. Dans l'arrêt de la seconde espèce, la Chambre des requêtes décide que lorsque l'augmentation de tarif résulte non point du simple jeu du cahier des charges, mais d'une décision judiciaire (répercussion de la jurisprudence de l'imprévision), elle « s'impose à tous ceux auxquels le gaz est fourni par la compagnie ». Enfin, dans le dernier arrêt, la Chambre civile a jugé que l'Usager qui n'a pas conclu avec le concessionnaire une police qui se présente sous la forme sacramentelle de la police-type ne peut pas se voir opposer les dispositions du cahier des charges qui prévoient pour les abonnés un minimum de consommation. Dans chacune de ces trois espèces, les solutions à donner au

(1) Sir., 1922. I. 65, avec la note de M. A. Mestre.

(2) Sir., 1923. I. 193, avec la note de M. A. Mestre.

différend se rapportaient bien à la situation du consommateur par rapport au service public de distribution : si cette situation est contractuelle, le contrat seul doit être appliqué; si elle appartient, au contraire, aux utilisations communes, la loi du service doit l'emporter. Les solutions intervenues montrent qu'une réponse unique ne peut être donnée et qu'il faut distinguer, dans le cahier des charges qui est la loi du service, à la fois des dispositions contractuelles et des dispositions institutionnelles. Ces espèces sont intéressantes parce qu'elles permettent précisément de rechercher la ligne de séparation entre ces deux ordres différents.

M. Mestre, dans sa note sous l'arrêt du 20 février 1923, distingue, dans les clauses du cahier des charges, trois ordres de dispositions : 1° les dispositions de police générale ou spéciale : elles ne prennent jamais le caractère contractuel, il est impossible d'y déroger; 2° les clauses impératives qui tendent à assurer le fonctionnement normal du service public (type maximum du tarif) : elles limitent la sphère de l'autonomie contractuelle et sont, à ce titre, opposables à tous; leur sanction n'est pas nécessairement la nullité, mais une réduction du prix ou des dommages-intérêts; enfin, 3° les clauses qui se réfèrent uniquement à l'intérêt commercial de l'entreprise (c'est le cas de la troisième espèce) et qui sont dès lors purement contractuelles. Cette division tripartite paraît critiquable. On ne voit pas, en effet, dès l'abord, comment il peut être possible de distinguer *trois* situa-

tions différentes lorsqu'il s'agit de répartir des situations juridiques en *deux* groupes : groupe réglementaire d'une part et groupe contractuel d'autre part. Et, de fait, la seconde catégorie proposée par M. Mestre paraît bien résulter d'une confusion entre l'idée du maximum de tarif, qui est une idée réglementaire, et l'idée de la fixation du tarif dans les limites de ce maximum, qui est, au contraire, une idée contractuelle; celle-ci devrait appartenir dès lors à la troisième catégorie. Cette confusion se révèle d'ailleurs d'elle-même, car on trouve, dans cette deuxième catégorie, des dispositions qui seraient opposables à tous (c'est-à-dire réglementaires), dont la sanction (réduction du prix ou dommages-intérêts) aurait, par contre, un caractère nettement contractuel.

C'est en deux groupes seulement (réglementaire et contractuel) qu'il faut distinguer les dispositions du cahier des charges à l'égard de l'Usager du service public (1).

Et nous dirons : le service public est un procédé technique par l'intermédiaire duquel un particulier peut user du Domaine. L'Usager qui use du Domaine par l'intermédiaire d'un service public est un usager commun; sa situation, à l'égard du Domaine, n'est pas individualisée; d'où il résulte que l'Usager du

(1) Il est indispensable en effet de ne pas confondre ici les rapports usager-service public et les rapports concessionnaire-administration; les premiers seuls nous occupent pour l'instant (v. *suprà*, p. 57, note 1). D'ailleurs l'arrêt de la Ch. civ. du 20 février 1923, qui est à la base de la présente discussion, établit d'une manière très nette sur ce point la distinction de ces rapports différents.

service public est dans une situation réglementaire dans la mesure où il peut se présenter comme usager du Domaine, qu'il n'est dans une situation contractuelle que dans la mesure où il est, à proprement parler, un « abonné ». En d'autres termes, c'est l'idée même d'utilisation commune du Domaine (envisagée au sujet de l'Usager) qui doit permettre de distinguer, au sein du cahier des charges, des situations réglementaires et des situations contractuelles. Et le critérium paraît être d'une application aisée : sont réglementaires toutes les dispositions qui supposent l'utilisation du Domaine par l'intermédiaire du service public (ce qui comprend aussi bien les dispositions de police que les règles relatives au fonctionnement normal du service) ; sont contractuelles, au contraire, les règles qui s'appliquent, abstraction faite des notions de service public et de domaine public. Pour reprendre les espèces de jurisprudence précédemment citées : le maximum du prix du gaz est réglementaire, parce qu'il est à la base même du service, et l'on ne concevrait pas qu'il puisse être modifié *intuitu personæ*. Le gaz est distribué grâce à un aménagement du Domaine, et tout le public (qui peut être considéré d'ailleurs par catégories : industriels, particuliers, etc.) doit pouvoir user de la distribution à un même titre. Et, par contre, certaines dispositions doivent être tenues pour contractuelles, parce qu'elles se présentent non plus comme une utilisation, mais comme une condition ou une modalité de l'utilisation du service ; et on conçoit parfaitement que ces dispo-

sitions se trouvent déterminées, individuellement, pour chaque abonné (1).

SITUATION JURIDIQUE DE L'USAGER DU DOMAINE A TITRE COMMUN.

XXVI. — Les explications qui précèdent, et qui ont eu pour but de placer les utilisations communes du Domaine dans le plan de l'exercice des libertés individuelles et des services publics, montrent que ces utilisations se matérialisent, en fait, sous les aspects les plus divers. Elles comprennent aussi bien le piéton qui circule sur la voie publique que l'Usager d'un service public technique, en tant que ce service permet une utilisation du Domaine. Il serait vain cependant de chercher à dresser une liste de ces utilisations communes, ou même de vouloir les ramener à un certain nombre de types. En effet, les caractères juridiques qui les distinguent font de ces utilisations, diverses en fait, une catégorie unique en droit. Dans chacune de ces utilisations, le statut de l'Usager à titre commun s'analyse d'une manière identique : l'Usager juridiquement anonyme ne possède jamais un droit de créance; sans pouvoir jamais se prévaloir d'un droit, il ne peut qu'invoquer le régime de légalité qui reconnaît et définit une liberté individuelle ou organise un service public; en un mot, il

(1) Telles sont par exemple les dispositions relatives à un minimum de consommation.

est essentiellement dans une « situation objective ».

Il résulte de cette proposition que, dans tous les cas, les pouvoirs de l'Usager à l'égard de l'Administration et du Domaine seront identiques. Sans qu'il soit nécessaire d'insister longuement sur ce point, il suffira d'indiquer que ces pouvoirs se traduisent, dans le plan du contentieux, soit par l'exercice possible du recours pour excès de pouvoir, soit, devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, par l'exception d'illégalité de l'art. 471-15°.

On a vu, en effet, pour employer une expression utilisée par M. Hauriou, que l'Usager du Domaine à titre commun paraît être, au regard de l'Administration, un *tiers* (1). Il en résulte que cet Usager ne pourra introduire aucune des actions qui ne sont données à un plaideur que *ut singuli*, mais qu'il pourra, par contre, utiliser toutes les voies de droit qui sont accordées *ut universi*. Il est à peine besoin de rappeler que le recours pour excès de pouvoir est précisément le procédé contentieux qui va permettre à l'Usager, qui ne peut pas faire valoir un droit, de revendiquer cependant sa vocation à l'utilisation commune du Domaine : en garantissant l'exercice des libertés individuelles, ou en sanctionnant le principe de l'égalité de tous devant un service public, le Conseil d'Etat protège directement le statut de l'Usager. S'il est impossible de reprendre toute la jurisprudence qui se rapporte à la matière, il convient cependant

(1) V. *suprà*, p. 59, note 1.

d'observer que les solutions de tous les arrêts intervenus sur ce point se trouvent résumées dans les deux propositions suivantes :

1° C'est par la voie directe du recours pour excès de pouvoir, ou par la voie indirecte de l'exception d'illégalité soulevée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, qu'un usager quelconque peut défendre et même revendiquer l'utilisation commune qui se rapporte à l'exercice d'une liberté définie (type : la circulation sur la voie publique). C'est ainsi que le Conseil d'Etat reconnaît à un entrepreneur de voitures publiques qualité pour se pourvoir contre un arrêté municipal portant règlement pour la circulation de ces voitures (1); la jurisprudence est identique en ce qui concerne les propriétaires d'habitations situées sur le bord de la mer (2). De même encore défend-il les libertés individuelles et, partant, l'utilisation collective du Domaine, lorsqu'il juge « qu'il n'appartient pas au Conseil municipal de frapper d'une taxe les voitures de marchands venant de l'extérieur, ni, d'une manière générale, d'établir un droit de stationnement sur l'usage normal de la voie publique » (3).

(1) Cons. d'Et., *Coq*, 5 mai 1899, p. 338.

(2) Cons. d'Et., 1^{er} févr. 1901, *Nollet*, p. 118.

(3) Cons. d'Et., 18 oct. 1918, *Ville de Toulon*, p. 914. *Adde* 17 mars 1922, *Société fermière de la voirie de Paris*, p. 240 : irrégularité de l'arrêté municipal qui prononce d'une manière générale et absolue l'interdiction des transports des gadoues.

Sur la distinction entre utilisations communes et utilisations pri-

La Cour de cassation se trouve amenée de même à sauvegarder l'utilisation commune du Domaine lorsqu'elle se refuse à reconnaître une sanction pénale aux arrêtés municipaux et préfectoraux qui ont pour effet de porter atteinte à cette libre utilisation (1). Dans un arrêt récent rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 janvier 1924 (2), on relève les attendus suivants : « Attendu qu'à la date du 15 janvier 1923 le préfet de l'Allier a pris un arrêté interdisant d'effectuer, sans autorisation, sur les routes et chemins du département, avec des châssis automobiles non complètement équipés, des passages répétés sur un même itinéraire, en vue de la vérification des divers organes de ces véhicules à l'essai; attendu que l'art. 2 dudit arrêté porte que toute personne qui voudra procéder à ces essais répétés devra se pourvoir d'une autorisation spéciale délivrée par le préfet sous forme d'arrêté individuel; attendu que l'art. 3 subordonne cette autorisation à

vatives, v. notamment 8 août 1921, *Rabé*, p. 843; cet arrêt reconnaît la validité d'une décision municipale refusant de délivrer un permis de stationnement (utilisation privative), alors que le requérant invoquait seulement le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (utilisation commune) (v. d'ailleurs sur cette espèce *infra*, n° XLVI). — Il serait possible, à l'aide de la jurisprudence administrative, de déterminer la limite des utilisations communes soit par la voie des pouvoirs de police de réglementation (type arrêt du 29 juill. 1921, *Syndicat général des transports publics automobiles de France*, p. 791), soit par la voie exceptionnelle de la police portant prohibition d'exercice (type prostitution).

(1) On en a vu plusieurs exemples déjà, notamment n°s XX et XXI.

(2) *Dalloz hebdomadaire*, 1924, p. 165.

diverses conditions spéciales, et notamment à celle qui est ainsi énoncée: « les bénéficiaires éventuels de ces « autorisations... devront, s'il y a lieu, souscrire l'en- « gagement préalable et formel de participer à la ré- « paration ou à la consolidation des voies publiques, « dans la mesure et aux conditions qui seront, dans « chaque cas particulier, fixées par l'arrêté d'autorisa- « tion... » Et la Cour de cassation décide que cet arrêté préfectoral reste dépourvu de sanction pénale, pour le motif « qu'il a été pris en vue des intérêts financiers de l'Etat et du Département ». Cette solution doit être absolument approuvée; mais il convient d'observer que si le préfet ne pouvait, en l'espèce, prendre un arrêté subordonnant l'utilisation du Domaine à une autorisation préalable et au paiement d'une redevance, c'est parce que l'on se trouvait en présence d'un mode d'utilisation commune. S'il y avait eu utilisation privative du Domaine, le préfet (ou le maire) aurait pu, au contraire, prescrire la nécessité d'une autorisation et d'une redevance. Cet arrêt, une fois de plus, montre l'intérêt qu'il y a à distinguer les utilisations du Domaine en utilisations communes et privatives et condamne le critérium de l'usage anormal ou normal de la voie publique.

2° C'est par les mêmes voies que l'Usager d'un service public peut obtenir l'utilisation du Domaine par l'intermédiaire de ce service, sans avoir à sortir de son anonymat juridique, et cette identité des voies de recours montre parfaitement que les deux situa-

tions s'analysent, au point de vue juridique, d'une manière identique. Il existe sur ce point une nombreuse jurisprudence, fournie par les arrêts du type Conseil d'Etat 21 décembre 1906, *Croix de Séguez-Tivoli* (1). Abstraction faite de la question de capacité, qui se rapporte au droit d'ester en justice de l'association qui, en l'espèce, avait formé le recours, cet arrêt reconnaît en définitive aux propriétaires et contribuables d'un quartier qualité pour attaquer une décision administrative relative à la marche des tramways de ce quartier. Or, ces propriétaires et contribuables ne sont autres que des usagers communs du Domaine, qui désirent user du Domaine par l'intermédiaire d'un service public; et ces usagers sont bien dans une situation juridiquement anonyme (la qualité de propriétaire ou de contribuable est essentiellement générale et impersonnelle), alors surtout que leur personnalité a pu disparaître derrière celle de l'association (2).

(1) D. P. 1907. 3. 41 et *Lebon*, p. 961.

(2) V. encore dans le même sens la jurisprudence relative aux actions introduites par un syndicat d'abonnés contre une société d'énergie électrique citée notamment dans MICHOUX, *Théorie de la personnalité morale*, 2^e éd., Paris, 1924, t. II, p. 209, note 1.

Il est intéressant d'observer d'ailleurs, à ce point de vue, que la notion des utilisations collectives pourrait être utilisée comme un moyen de distinction, au sujet du droit d'action en justice des groupements, entre la notion d'intérêt collectif et la notion d'intérêt individuel, celle-là permettant seule au groupement d'introduire un recours; il paraît évident, en effet, que les utilisations collectives, qui n'appartiennent pas à un usager juridiquement individualisé, peuvent être valablement défendues en justice par un groupement. — Dans les espèces où les usagers d'un service public introduisent directement

Ainsi se trouvent précisés (suffisamment pour une simple étude de classification) les modes d'utilisation commune du Domaine. On pourrait résumer les observations précédentes en disant :

Il y a utilisation commune du Domaine toutes les fois que l'Usager exerce une aptitude qui, rationnellement, doit appartenir à tous; en droit, cette situation se trouve réalisée quand l'Usager exerce une liberté définie, ou quand il use d'un service public. Le statut de l'Usager commun est tout de légalité; il ne peut être défendu que par une voie contentieuse objective, qui est, en pratique, la voie du recours pour excès de pouvoir ou de l'exception d'illégalité.

La notion d'utilisation commune se trouvant ainsi posée, il faut maintenant poursuivre la classification entreprise par l'étude des divers modes d'utilisation privative du Domaine.

le recours, sans passer par l'intermédiaire d'un groupement, ils n'ont à établir que leur situation anonyme d'usagers du Domaine (*via* service public) sans faire état d'une situation individuelle.

DEUXIÈME GROUPE

LES MODES D'UTILISATION PRIVATIVE

XXVII. — Il est facile d'opposer, d'une manière générale, les utilisations communes du Domaine et les utilisations privatives, en observant que ces dernières sont, par hypothèse, au contraire des précédentes, accordées exclusivement à une personne, qu'elles constituent, au sens propre du mot, des utilisations singulières. Mais cette opposition, pour exacte qu'elle soit, est insuffisante, et l'on ne saurait s'y tenir, car les utilisations privatives ou singulières sont obtenues par des procédés juridiques très variés qu'il est nécessaire d'étudier. En fait, d'ailleurs, les divers classements présentés par les auteurs, que l'on a précédemment analysés, font presque tous abstraction des utilisations communes. Il ne suffit donc pas de marquer le principe et l'opposition entre ces deux modes d'utilisation; il faut encore pénétrer la nature même des utilisations privatives et chercher à distinguer leur véritable caractère juridique.

Avant d'entreprendre cette classification interne, il est nécessaire de poser un certain nombre de prin-

cipes et de préciser dans quel esprit il faut aborder cette étude.

Ainsi que l'on a eu l'occasion de le constater déjà, il ne faut pas oublier tout d'abord qu'il existe, en fait, plusieurs types juridiques d'utilisations privatives : la pratique et la doctrine connaissent le *stationnement*, le *placage*, la *permission de voirie*, la *concession*. Loin de vouloir introduire dans notre matière des catégories nouvelles et de risquer ainsi une inutile complication, nous subissons donc, en réalité, une différenciation toute faite déjà par la complexité même de situations juridiques diverses : nous voudrions apporter simplement quelque ordre dans l'énumération de ces situations, en les distinguant d'une manière précise l'une de l'autre.

XXVIII. — D'autre part, reprenant d'un mot la définition des utilisations communes, nous rappellerons que celles-ci paraissent, au point de vue juridique, se caractériser par l'*anonymat* de l'Usager. Cette expression, qui a été employée à dessein pour éviter le terme de *situation objective*, rappelle cependant d'une manière trop évidente l'analyse de M. Duguit et de M. Jèze, ce qui nécessite quelques précisions. Certes, l'anonymat juridique constitue bien une situation objective, avec tous ses caractères (générale, impersonnelle, modifiable à tout instant par la loi; non susceptible de renonciation); mais une distinction doit cependant être faite, parce que l'Usager juridiquement individualisé, qui s'oppose à l'Usager juri-

diquement anonyme (1), n'est pas nécessairement titulaire d'un véritable droit. En d'autres termes, M. Duguit ne reconnaît que deux ordres de situations qu'il appelle situation objective et situation subjective; il semble, par contre, au moins dans notre matière, que l'Usager qui jouit d'un statut individuel puisse être en dehors des situations objectives, sans se trouver pour cela dans une situation subjective (particulière, personnelle, non modifiable par la loi et susceptible de renonciation). Pour bien saisir cette distinction, on peut prendre comme exemple la situation du titulaire d'un permis de stationnement ou d'une permission de voirie, qui constituent les modes d'utilisation privative les plus répandus. A ces permis et permission, M. Duguit, qui n'a que le choix entre la situation objective et la situation subjective, n'hésite pas à reconnaître un caractère général et impersonnel (2). On a vu cependant que cette analyse pouvait prêter à la critique, et, sans qu'il soit besoin pour l'instant de construire une théorie de la permission de voirie ou du stationnement, on peut signaler toutefois que de nombreux auteurs, et non des moindres, ont présenté ces modes d'utilisation privative du Domaine comme des *droits réels administratifs* (3). Supposons, pour l'instant, cette analyse exacte: va-t-il résulter de cette notion de droit réel que le permissionnaire se trouve dans une situation subjective ?

(1) V. *suprà*, n^{os} XXIII et XXIV, spécialement p. 57, note 3.

(2) V. *suprà*, n^o XVI.

(3) V. *infra*, n^o XXXVIII.

Nullement, car personne n'a jamais prétendu que la situation du permissionnaire n'était pas modifiable par la loi et s'imposait à l'Administration. Faut-il alors le classer dans les situations objectives ? Pas davantage, car le « droit réel » dont jouit le permissionnaire est cependant particulier et personnel. Il est donc concevable, juridiquement, qu'un usager du Domaine puisse sortir de la situation objective sans entrer pour cela dans une situation subjective : à mi-chemin de l'une et de l'autre, il se trouvera dans la situation que nous avons voulu indiquer, et qui se précisera par la suite, en parlant de l'Usager *juridiquement individualisé*. L'étude des divers modes d'utilisation privative du Domaine nous fait assister à cet éloignement progressif de la situation objective, à peine sensible au début, mais qui, suivant une individualisation juridique croissante, conduit à la concession. Celle-ci réalise véritablement une situation subjective.

XXIX. — Les explications précédentes permettent de préciser, à l'avance, le terme de nos explications. La concession, en effet, doit bénéficier, dans la classification poursuivie, d'une place à part et, à la vérité, peu délicate à déterminer. Depuis longtemps, on l'a vu, les auteurs lui assignent une place spéciale, par suite de son caractère contractuel; elle réalise le type parfait des utilisations privatives et n'exigera d'ailleurs, de ce fait, que des explications réduites. Au contraire, la distinction de tous les autres modes d'utilisation

privative est délicate à faire. Elle ne s'impose pas, en effet, d'une manière aussi évidente, et cela explique les hésitations et les confusions de nos auteurs.

Dans la nécessité où l'on est d'ordonner et de grouper cependant ces utilisations différentes, l'idée de la destination du Domaine fournit un critérium qu'il faut nécessairement utiliser. Les premières étapes d'une classification doivent être déterminées objectivement, car il n'est pas possible, au début, de tenir compte des particularités juridiques que peuvent présenter des institutions voisines. C'est ainsi que, en considérant en quelque sorte *du dehors* les utilisations du Domaine, on est d'abord frappé de ce que celles-ci peuvent soit appartenir à tous, soit, au contraire, être réservées à certains bénéficiaires, et cela a fourni notre première distinction. Parvenu à ce point, on ignore tout encore des diverses utilisations privatives, et c'est pour cela que, avant de les analyser en elles-mêmes, il faut tenir compte d'une nouvelle distinction extérieure, que le Domaine vient nous dicter.

Sans avoir besoin de recourir à une doctrine quelconque de la domanialité, on observe, en fait, que le Domaine peut être mis généralement à la disposition de tout le monde, ou qu'il peut être constitué dans une fin propre et spéciale. Dans cette dernière hypothèse, s'il y a utilisation privative, il apparaît immédiatement que celle-ci doit être nécessairement conforme à la fin même du Domaine. Dans la première hypothèse, au contraire, il n'y a *a priori* de limitation de *but* à l'établissement des utilisations privatives. En

d'autres termes, si l'on tient compte que certaines parties du Domaine sont affectées à une fin spéciale, comme le sont par exemple les cimetières, il est évident que, dans les limites de cette affectation, il ne peut y avoir aucune utilisation privative qui ne soit conforme à cette fin; au contraire, sur les dépendances du Domaine qui ne se trouvent pas spécialisées, les utilisations privatives se conçoivent pour les buts les plus variés. Et cette distinction est d'importance, car l'on devine que, dans ce dernier cas, les pouvoirs de l'Administration seront en principe très étendus et limités seulement par la nécessité de ne pas soustraire le Domaine à ses usagers communs; dans le premier cas, au contraire, l'affectation spéciale a déjà soustrait le Domaine à la plupart des utilisations, mais, par contre, l'Usager privatif qui réalisera les conditions de but de l'affectation doit être, vis-à-vis du Domaine, dans une situation plus stable. Et c'est pourquoi, poursuivant notre classification, nous répartirons en deux grands groupes les utilisations privatives du Domaine, en étudiant d'abord les utilisations privatives dégagées de toute notion de finalité. Il nous restera ensuite à étudier les utilisations, beaucoup moins nombreuses, qui portent sur une partie du Domaine spécialement affectée (1).

(1) Cette distinction que nous proposons pour la classification méthodique des différentes utilisations du Domaine ne doit pas être confondue avec la distinction, indiquée par certains auteurs, qui fait appel à la notion d'utilisation normale ou anormale. Pour nous, en effet, il ne peut jamais être question que d'une utilisation normale

A) LES UTILISATIONS PRIVATIVES DU DOMAINE A AFFECTATION GÉNÉRALE

XXX. — Les diverses utilisations privatives qu'il y a lieu de ranger dans cette première catégorie sont toutes celles qui portent sur les parties du Domaine qui ne sont pas destinées à un usage spécial et qui se trouvent, au contraire, d'une manière générale, à la disposition *du public*. Au sein de ce public qui use collectivement du Domaine, certains usagers se révèlent à titre individuel. L'utilisation privative qu'ils réalisent peut dépendre de situations juridiques différentes, qu'il y a lieu d'analyser et de distinguer nettement. En pratique, on reconnaît sur la voie publique (qui est la partie du Domaine qui, pour l'instant, nous intéresse plus spécialement), trois modes d'utilisation privative : le permis de stationnement, la per-

du Domaine (v. *suprà*, n° XIII) : il est en effet tout aussi « normal » d'enterrer les morts dans les cimetières que d'installer une « terrasse » au-devant d'un café, ou d'établir une canalisation d'eau, ou même un passage sous la voie publique. Au contraire, on ne peut méconnaître que certaines parties du Domaine sont juridiquement affectées à un but spécial, de telle sorte que : 1° on ne peut admettre une utilisation privative qui ne soit conforme à ce but, et 2° l'utilisation privative conforme paraît au contraire bénéficier de l'affectation. Il y a en quelque sorte transposition dans le Domaine de l'idée de *spécialité*, et les utilisations spécialisées se distinguent ainsi d'une manière juridique des utilisations générales. Alors que la distinction des utilisations normales et anormales ne fait appel qu'à la constitution physique du Domaine, celle que nous proposons repose au contraire sur des notions strictement juridiques.

mission de voirie et la concession. Nous allons, tour à tour, dégager pour chacun d'eux les caractères qui les distinguent.

1° Le permis de stationnement.

a) DÉFINITION ET SIGNES DISTINCTIFS DU PERMIS DE STATIONNEMENT.

XXXI. — Le stationnement peut être présenté comme le premier stade des utilisations privatives, que l'Administration et les tribunaux ont d'ailleurs tendance à confondre avec les modes d'utilisation commune (1). Les observations déjà fournies ont précisé la ligne de délimitation qui doit séparer ces deux modes d'utilisation; c'est donc au regard seulement des utilisations privatives qu'il faut maintenant analyser le stationnement.

Le stationnement est un mode précaire d'utilisation privative, accordé par l'autorité titulaire des pouvoirs de police générale, qui se manifeste par une occupation du Domaine permanente et sans emprise.

Abstraction faite du caractère d'utilisation privative, qui a été étudié déjà, nous reprendrons successivement les divers éléments de cette définition.

XXXII. — Les signes distinctifs du permis de sta-

(1) V. *suprà*, notamment n° XX.

tionnement sont essentiellement la permanence et l'absence d'emprise. C'est par ces deux caractères que se révèle, objectivement, le permis de stationnement. L'élément de permanence n'est important que pour distinguer le stationnement des utilisations collectives, qui ne se réalisent que pendant une certaine *durée*, sans parvenir jamais à la *permanence*. Il y a lieu de préciser à cet égard, sans insister autrement :

1° Que la permanence est autre chose que la *perpétuité*. Il n'est pas nécessaire qu'une occupation du Domaine soit perpétuelle pour qu'elle soit permanente. En effet, si la durée n'implique pas nécessairement un caractère permanent, la permanence, par contre, peut être appréciée dans le temps, c'est-à-dire, en définitive, soumise à une certaine durée. Exemple : une voiture s'arrête devant ma porte ; quelle que soit la durée de cet arrêt, celui-ci n'aura jamais un caractère permanent ; au contraire, une voiture vient se ranger, pour quelques instants, à la file de la « station » : cela réalise une occupation qui suppose essentiellement l'existence d'une règle permanente, qui subsistera ainsi jusqu'au moment où la « station » sera déplacée ou supprimée.

2° Que la permanence ne suppose pas nécessairement la *continuité* de l'occupation. Ce qui est permanent, en effet, c'est la situation juridique, ce n'est pas le fait objectif. Parce qu'un cafetier rentre, le soir, les tables qu'il avait disposées sur sa « terrasse », il ne perd pas, de ce fait, le bénéfice du permis de station-

nement, qui subiste, et qui sera utilisé de nouveau demain. Ou, dans l'exemple précédent, la voiture quitte la « station », et cependant celle-ci demeure.

Au contraire, il faut insister sur l'absence d'emprise, parce que là est le seul critérium objectif qui permette de distinguer le permis de stationnement de la permission de voirie (1). Dans l'ensemble, d'ailleurs, ce critérium est d'un maniement facile : *tous* les établissements sur la voie publique qui ne nécessitent aucune installation doivent être rangés dans la catégorie des stationnements (2).

XXXIII. — Mais certaines difficultés apparaissent avec les hypothèses où l'on se trouve en présence d'installations qui présentent un caractère plus ou moins superficiel. Comment distinguer alors le stationnement de la permission de voirie ? On a proposé, pour résoudre la difficulté, de reconnaître au permis de stationnement un caractère mobilier, alors que la permission de voirie aurait un caractère immobilier. Il en résulterait que seules les installations qui constituent juridiquement des immeubles devraient être soumises au régime des permissions de voirie.

Il ne nous paraît pas possible d'admettre cette distinction, spécialement parce qu'elle fait appel à des règles de droit privé qui peuvent provoquer des con-

(1) V. *infra*, n° XXXIX.

(2) Exemple : les « stations » de voitures ou de taxi-autos, les « terrasses » de café, les dépôts de chaises...

fusions toujours regrettables. En effet, le caractère mobilier ou immobilier devrait s'attacher à la situation juridique du permissionnaire aussi bien qu'à la situation de fait de l'objet de la permission. Or, est-il possible de préjuger que le permissionnaire va posséder un « droit immobilier » parce que la permission qu'il a obtenue est « immobilière » ? Et comment se soustraire ici à une théorie de la domanialité ? Ces inconvénients sont d'autant plus certains qu'il existe, en notre matière, une règle différente qui peut nous fournir un critérium exact de l'emprise, étranger à la distinction civile des meubles et des immeubles ; cette règle vient montrer d'ailleurs que la distinction à faire entre le stationnement et la permission n'est pas arbitraire et qu'elle est imposée, au contraire, par la théorie générale de la voirie, à laquelle elle est empruntée.

XXXIV. — En effet, il existe, en matière de voirie, une distinction traditionnelle qui oppose petite et grande voirie. Cette distinction peut, à certains égards, paraître confuse, parce que, en réalité, elle est double et revêt soit un aspect technique, soit un aspect juridique.

Au point de vue technique, elle aboutit à classer dans la grande voirie les routes nationales et départementales, les rues de Paris, les chemins de fer, les canaux, etc., tandis que les chemins vicinaux et ruraux ou la voirie urbaine font partie de la petite voirie. Cette classification purement technique ne doit pas nous retenir.

Au contraire, il y a le plus grand intérêt à observer que les règles juridiques de la petite et de la grande voirie, loin de ne s'appliquer qu'aux portions du Domaine correspondantes, se superposent en réalité sur un même fonds, que celui-ci appartienne au point de vue technique à l'une ou à l'autre voirie. Un arrêt récent du Tribunal des Conflits, *Ciné Lutetia Wagram* (1), montre bien cette superposition. Il en résulte que la doctrine et la jurisprudence ont été

(1) Trib. des Conflits, 19 mai 1917, au *Lebon*, p. 421-422 : « Considérant que si les rues de Paris n'ont pas cessé d'être comprises dans la grande voirie..., le Conseil de préfecture n'a compétence, d'après les art. 1^{er} et 4 de la loi du 29 floréal an X pour réprimer les contraventions de voirie commises dans lesdites rues, qu'autant qu'elles consistent en anticipations, dépôts, dégradations et autres faits de même nature pouvant porter atteinte à la largeur de la voie publique ou en compromettre la conservation; qu'au contraire, lorsque les faits incriminés intéressent la sûreté et la commodité du passage, objets confiés tant pour la répression que pour l'administration aux autorités municipales par les art. 1^{er} et 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790, ces infractions ont le caractère de contraventions de petite voirie et doivent être déferées aux tribunaux de police, par application des articles susmentionnés de la loi de 1790, combinés avec l'art. 471 du Code pénal et les art. 137 et 138 du Code d'instr. crim.;

« Considérant qu'il résulte du rapport d'expertise que l'enseigne lumineuse dont s'agit, placée perpendiculairement à la façade d'un immeuble en bordure de l'avenue de Wagram, est maintenue dans cette position par des tiges de fer scellées dans la pierre, mais qu'elle n'est pas incorporée au gros œuvre de la construction et ne fait pas partie intégrante du mur de face; que, dans ces conditions, le fait relevé au procès-verbal n'a pas le caractère d'une contravention à la législation de l'alignement et n'est pas de nature à porter atteinte à la conservation de la voie publique, mais ne pourrait être retenu que comme une infraction aux dispositions de l'art. 33 du décret du 13 août 1902 édictées dans le but d'assurer la sécurité et la commodité du passage; que ce fait constituerait donc une contravention de petite voirie dont la répression appartient à l'autorité judiciaire... »

amenées à distinguer, surtout au point de vue de la police et en utilisant comme critérium la notion d'emprise, les caractères juridiques d'une grande et d'une petite voirie (1), que l'on peut ainsi caractériser :

a) *La petite voirie* a trait à la sécurité de la *circulation*; ses règles sont déterminées par l'autorité compétente en matière de police générale; elles sont sanctionnées par des dispositions spéciales (not. art. 471 et 475 du Code pénal), devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

b) *La grande voirie* assure, au contraire, la *conservation* de la voie; ce sont les autorités administratives qui ont spécialement les pouvoirs de conservation, d'entretien et d'aménagement du Domaine, qui établissent ses règles; celles-ci sont sanctionnées principalement par les contraventions de grande voirie, devant la juridiction administrative.

Il paraît dès lors qu'il n'y a plus aucune difficulté à distinguer le permis de stationnement de la permission de voirie en s'attachant au fait de l'emprise, si l'on veut bien utiliser la distinction classique en matière de voirie. On doit dire alors que le permis de stationnement relève de la petite voirie, alors que les règles de la grande voirie s'appliquent, au contraire, à la permission de voirie (2). On verra d'ailleurs, par

(1) C'est d'ailleurs là le sens de la distinction ancienne et traditionnelle entre grande et petite voirie. V. notamment Aucoc, *Conférences...*, t. III, liv. III.

(2) L'exemple fourni par l'arrêt du Tribunal des Conflits, analysé à la note précédente, montre combien ce critérium diffère de celui qui

la suite, que les règles appliquées au permis de stationnement sont exclusivement des règles de petite voirie.

b) DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE POUR ACCORDER
LE PERMIS DE STATIONNEMENT.

XXXV. — L'autorité administrative compétente pour délivrer un permis de stationnement est la même autorité qui possède, sur la portion du Domaine dont il s'agit, les pouvoirs de police (au sens général), c'est-à-dire l'autorité compétente en matière de petite voirie. L'art. 98 de la loi municipale est formel à cet égard (1).

reposerait sur le caractère mobilier ou immobilier de l'occupation. En effet, dans cette espèce, l'enseigne lumineuse qui constituait une saillie sur la voie publique avait bien, au point de vue civil, le caractère immobilier; on aurait dû dès lors la classer dans la catégorie des permissions de voirie. En lui faisant application des règles de la petite voirie, le Tribunal des Conflits l'a au contraire classée dans la catégorie des permis de stationnement.

(1) « Le maire a la police des routes nationales et départementales et des voies de communication, dans l'intérieur des agglomérations, mais seulement en ce qui touche à la circulation sur lesdites voies.

« Il peut, moyennant le paiement de droits fixés par un tarif dûment établi, sous les réserves imposées par l'art. 7 de la loi du 11 frimaire an VII, donner des *permis de stationnement* ou de dépôt temporaire sur la voie publique, sur les rivières, ports et quais fluviaux et autres lieux publics.

« Les alignements individuels, les autorisations de bâtir, les autres permissions de voirie sont délivrés par l'autorité compétente après que le maire aura donné son avis dans le cas où il ne lui appartient pas de les délivrer lui-même.

« Les permissions de voirie à titre précaire ou essentiellement ré-

Il en résulte que celui qui use privativement de la voie publique, sans avoir obtenu un permis de stationnement, nécessaire par hypothèse, commet une contravention de petite voirie, c'est-à-dire une contravention de simple police punie de peines prévues à l'art. 471 du Code pénal (1).

Il n'y a pas lieu, dans une étude de pure classification, d'examiner dans ses détails la procédure de la délivrance des permis de stationnement, le principe seul de la compétence étant important à retenir. On peut observer cependant que, pour la ville de Paris, les permis de stationnement sont délivrés, non pas, comme on pourrait s'y attendre, par le préfet de police, mais par le préfet de la Seine : celui-là, en effet, exerce les pouvoirs de police générale, mais les pouvoirs de police municipale, ce qui comprend la police de la voirie urbaine, ont été expressément, dans ce cas du moins, dévolus au préfet de la Seine. C'est ainsi que le décret du 10 octobre 1859 mentionne, après la petite voirie, comme objet compris exceptionnellement dans les attributions du préfet de la Seine : « les permissions pour l'établissement sur la rivière,

vocable sur les voies publiques qui sont placées dans les attributions du maire et ayant pour objet, notamment, l'établissement dans le sol de la voie publique des canalisations destinées au passage ou à la conduite soit de l'eau, soit du gaz, peuvent, en cas de refus du maire non justifié par l'intérêt général, être accordées par le préfet, » (Loi du 5 avril 1884, art. 98.)

(1) Alors même, on ne saurait trop le répéter, que l'infraction commise se manifesterait par une installation de nature immobilière, comme en matière de saillies,

les canaux et les ports; les traités et les tarifs concernant les voitures publiques, et la concession des lieux de stationnement de ces voitures et de celles qui servent à l'approvisionnement des halles et marchés... ». Autrefois, d'ailleurs, le régime municipal de la ville de Paris respectait, au contraire, la distinction des stationnements et des permissions, telle que nous l'avons indiquée : l'art. 21 de l'arrêté du 12 messidor an VIII, après avoir chargé le préfet de police « de tout ce qui a rapport à la petite voirie », précisait ces attributions en ajoutant qu'il aura à cet effet sous ses ordres « un commissaire chargé de surveiller, permettre ou défendre : l'ouverture des boutiques, étaux de boucherie ou de charcuterie; l'établissement des auvents ou constructions du même genre qui prennent sur la voie publique; l'établissement des échoppes ou étalages mobiles et d'ordonner la démolition ou réparation des bâtiments menaçant ruine » (1).

c) DE LA REDEVANCE EN MATIÈRE DE PERMIS
DE STATIONNEMENT.

XXXVI. — Il y a lieu de rapprocher de ces quelques observations relatives à l'autorité compétente pour délivrer le permis de stationnement l'étude de la redevance. Celle-ci, cependant, il faut le remarquer,

(1) V. notamment sur ces différents points A. LAVALLÉE, *Le régime administratif du département de la Seine et de la ville de Paris*, extrait de la *Revue générale d'administration*, 1901.

ne présente pas un intérêt primordial, car elle ne peut servir de critérium pour le classement poursuivi. Il y a, en effet, des hypothèses nombreuses dans lesquelles le permis de stationnement est délivré d'une manière absolument gratuite (1), alors que dans des hypothèses identiques en droit, le paiement d'une redevance est imposé à l'Usager. Il suffira donc d'indiquer, sur ce point, d'une manière générale :

1° Que la redevance est absolument légitime;

2° Qu'il faut éviter de la qualifier de *loyer*, car, quelque précaution que l'on prenne, cette qualification tend à lui reconnaître un caractère contractuel qu'elle n'a jamais. Le permis de stationnement est un acte essentiellement unilatéral (2);

3° Que la redevance tombe dans la caisse de l'autorité compétente pour délivrer le permis de stationnement; de telle sorte que, en fait, et dans ces hypothèses, le Domaine est producteur de revenus, non pas en faveur de l'Administration dont il relève au fond, mais en faveur de l'Administration qui exerce les pouvoirs de police générale.

(1) Ainsi que cela a lieu notamment, à Paris, au profit des « marchands des quatre saisons » autorisés à vendre sur la voie publique. Par contre, les « camelots », qui sont dans une situation juridiquement identique, paient une taxe.

(2) V. sur la question de la redevance en matière de permis de stationnement H. Berthélemy, *Droit administratif*, 10^e éd., p. 444; M. Hauriou, *Droit administratif*, 10^e éd., p. 683, note 2; Regray, thèse, Paris, 1900, etc.

d) SITUATION JURIDIQUE DU TITULAIRE D'UN PERMIS
DE STATIONNEMENT.

XXXVII. — Il résulte des observations qui précèdent que le titulaire d'un permis de stationnement ne se trouve pas, vis-à-vis de l'Administration, dans une situation générale, comme celui qui use du Domaine à titre commun. En effet, il a dû obtenir personnellement une autorisation préalable, qui constitue non pas seulement l'acte générateur (comparable, par exemple, à l'acquisition d'un billet de chemin de fer), mais bien le fondement même, la mesure juridique de sa situation.

Pour déterminer les caractères de cette situation, il suffira pour l'instant de dire que le titulaire du permis de stationnement, sans posséder véritablement un droit, est cependant juridiquement individualisé, aussi bien au regard de l'Administration qu'au regard des tiers. Cela est d'ailleurs le signe distinctif des utilisations privatives (1). Si nous ne précisons pas pour l'instant avec plus de détails les caractères de cette individualisation juridique, c'est que celle-ci se retrouvera, plus nettement marquée et définie par une jurisprudence plus nombreuse, à propos des permissions de voirie, où elle sera examinée (2). En effet, le permis de stationnement et la permission de voirie participent de la même nature juridique, et la per-

(1) V. *suprà*, n° XXVI.

(2) V. *infra*, n° XLII.

mission de voirie représente seulement une évolution plus avancée des utilisations privatives que le permis de stationnement. Aussi est-il plus rationnel d'examiner la situation là où elle se dégage le plus nettement.

XXXVIII. — Nous nous bornerons donc pour l'instant, après avoir simplement posé le principe de notre analyse, à répudier sur ce point les solutions qui sont généralement proposées. La plus juridique, la seule que nous voulons discuter, est la théorie dite des *droits réels administratifs*. En notre matière, cette théorie conduit à qualifier le permis de stationnement de *droit réel administratif de nature mobilière* (1).

(1) C'est en ce sens notamment que se prononcent MM. Haurion et A. Mestre.

M. RIGAUD (*La théorie des droits réels administratifs*, thèse, Toulouse, 1914) a pris sur ce point une attitude différente. Pour lui, en effet, « les situations dérivant des permissions de *stationnement* sur la voie publique, qui ne sont qu'un mode particulier de manifestation du *droit de la personnalité* et n'entraînent sur le sol que des occupations transitoires », ne rentrent pas dans l'étude des droits réels administratifs (*op. cit.*, § 37). Mais, en utilisant ainsi qu'il l'a fait la notion d'emprise, M. Rigaud aboutit à un résultat manifestement erroné : on ne peut, en effet, rejeter avec lui purement et simplement « toutes les occupations qui n'emportent pas adhérence et incorporation au sol du domaine public » (et que, pour le noter en passant, il qualifie d'ailleurs de *permissions de voirie*; notamment *op. et loc. cit.*) dans la sphère des utilisations collectives. Nous avons vu au contraire (*suprà*, nos XIX et s.) qu'il y a le plus grand intérêt à classer ces *stationnements* dans les utilisations privatives, à côté des permissions de voirie. Ce rapprochement s'impose d'autant plus pour qui connaît la jurisprudence administrative que, dans ses grandes lignes, celle-ci fournit des solutions identiques notamment en matière de refus ou de retrait de permis de stationnement et de permission de voirie. C'est

Cette qualification nous paraît erronée et nous la repousserons en observant :

1° Par principe, qu'il faut éviter de faire appel, dans les matières de droit public, aux notions de pur droit privé. Invoquer ici une théorie de droit civil est une source de confusion, car, dès que l'on a parlé de droit réel, force est bien de s'apercevoir que ces prétendus droits réels sont, en l'espèce, tout différents de ce qu'ils sont en droit privé. Et l'on est obligé de transformer absolument la notion, en disant notamment que les droits réels administratifs ne sont pas opposables à l'Administration (qui seule, cependant, a pu leur donner naissance). On est, en définitive, si éloigné de la notion originaire des droits réels que l'on se demande quel avantage il peut y avoir à y faire appel.

2° Au fond, d'ailleurs, dire que le titulaire du permis de stationnement possède un droit réel, c'est lui reconnaître essentiellement un *droit*, au sens subjectif. Or, si nous pensons que le permissionnaire n'est plus dans la situation anonyme de l'Usager commun, nous avons cependant ajouté qu'il n'est pas encore titulaire d'un véritable droit. Il faut dès lors rejeter

pour cela d'ailleurs que nous n'étudierons qu'une seule fois, à propos de la permission de voirie, la situation juridique du permissionnaire. Il résulte de ces constatations que le permis de stationnement est bien, dans sa nature *juridique*, semblable à la permission de voirie, car la différence *physique* de l'emprise ne vient pas infirmer cette ressemblance. Et si M. Rigaud n'a pas pu appliquer aux stationnements sa théorie du droit réel administratif, il faut y voir la preuve que cette théorie, présentée comme analyse de la situation juridique des utilisations privatives, est inexacte.

comme inexacte toute analyse qui laisserait entendre qu'un droit doit lui être reconnu, même de la manière dont les tenants du droit réel le conçoivent : droit véritable à l'égard des tiers et situation précaire à l'égard de l'Administration. Comment admettre qu'une même situation puisse présenter deux aspects aussi disparates ?

3° Enfin, quand bien même l'on pourrait qualifier de « droit réel administratif » le permis de stationnement, il faudrait encore observer que ce « droit » ne peut pas être qualifié de *mobilier*. Nous ne reviendrons pas à ce propos sur nos observations précédentes, par lesquelles nous avons cherché à établir que le permis de stationnement ne traduit pas nécessairement une situation mobilière au sens du Code civil (1).

Telles sont les principales raisons qui nous font écarter la qualification de droit réel, et qui nous feraient repousser aussi bien toute analyse qui reposerait arbitrairement sur des principes de pur droit privé.

Ces caractéristiques générales, dégagées aussi rapidement que possible, permettent de présenter le permis de stationnement comme un premier mode d'utilisation privative du Domaine, original et bien défini. La plupart de ces caractéristiques vont se retrouver d'ailleurs dans le groupe des permissions de voirie, que nous allons maintenant étudier.

(1) V. *suprà*, n° XXXIV, p. 84, note 2.

2° La permission de voirie.

a) DÉFINITION ET SIGNES DISTINCTIFS.

XXXIX. — La permission de voirie, qui est, au point de vue juridique, de même nature que le permis de stationnement, doit donc être définie, au sein des utilisations privatives, par rapport à celui-ci. C'est ce à quoi nous nous attachons principalement dans la définition que nous proposons :

La permission de voirie est un mode précaire d'utilisation privative, accordé par l'autorité titulaire des pouvoirs domaniaux, qui se manifeste par une occupation du Domaine permanente et avec emprise.

Il résulte de cette définition et de son rapprochement avec la définition proposée pour le permis de stationnement (1) que ces deux modes d'utilisation privative ne se distinguent que par les deux caractères suivants :

1° Alors que le permis de stationnement est accordé par l'autorité administrative qui possède les pouvoirs de police générale, la permission de voirie est accordée par l'autorité même dont relève le Domaine (notamment au point de vue de la police de la conservation) ;

2° Alors que le permis de stationnement ne com-

(1) V. *suprà*, n° XXXI.

porte jamais emprise (au sens de la distinction classique entre petite voirie et grande voirie), la permission de voirie, au contraire, se révèle par une emprise sur le Domaine.

Ces deux différences, en réalité, se ramènent à une seule : c'est le fait de l'*emprise* qui entraîne, en effet, la compétence des autorités administratives qui possèdent les pouvoirs de grande voirie, et c'est à ce seul point de vue que la permission se distingue du permis de stationnement. Sans reprendre dès lors aucun des points qui sont communs à ces deux modes d'utilisation privative, et qui ont été examinés précédemment au sujet des permis de stationnement, il y a lieu de préciser simplement les conséquences de cette différence.

b) DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE POUR ACCORDER
LA PERMISSION DE VOIRIE.

XL. — Cette différence se manifeste essentiellement dans la compétence des autorités administratives chargées de la délivrance des permissions de voirie. Le fait de l'emprise a pour conséquence d'entraîner la compétence des autorités qui exercent sur le Domaine non plus seulement des pouvoirs de police, mais bien de véritables pouvoirs domaniaux. Traditionnellement, les permissions de voirie portant sur les voies dépendant de la grande voirie ont été délivrées par les autorités dont ressortissaient ces voies : l'arrêt du Conseil du Roy du 27 février 1765 donnait compétence sur ce point aux « Trésoriers de France »,

et la loi des 22 décembre 1789-8 janvier 1790, le décret des 6 septembre-7 octobre 1790 et la loi du 14 octobre 1790 ont transféré ces attributions aux préfets. Si, aujourd'hui, ces pouvoirs appartiennent directement aux fonctionnaires chargés du service de ces voies, il faut observer que c'est en vertu d'une véritable *délégation*, ce qui n'infirme pas le point de vue précédemment exposé (1).

En ce qui concerne les voies qui sont classées dans la petite voirie, la voirie urbaine notamment, les permissions sont délivrées par l'autorité compétente, c'est-à-dire par l'autorité municipale. On retrouve ici, en effet, la confusion déjà observée en matière de voirie : de même que, sur la grande voirie au sens technique, vient se superposer une petite voirie au sens juridique (2), de même, sur la petite voirie au sens technique, se superpose une grande voirie au sens juridique. La preuve, si besoin en est, c'est que des contraventions de grande voirie peuvent être commises sur des portions de route classées dans la petite voirie (3). Tout cela, d'ailleurs, correspond parfaite-

(1) V. la loi du 31 mars 1923. — Cette loi, du reste, assimile étroitement permissions de voirie et alignements individuels qui, l'un et l'autre, touchent étroitement à l'adhérence et à l'incorporation au sol, c'est-à-dire à la notion d'emprise.

(2) V. *suprà*, n° XXXIV.

(3) Tel est le cas notamment pour toutes les *contraventions* commises en matière d'anticipations sur les routes et chemins classés dans la *petite voirie*, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit d'anticipations commises sur les chemins vicinaux entre les chemins de grande communication et les chemins d'intérêt commun ou ordinaires. Juris. : v. notamment Cons. d'Et., 30 oct. 1912, *Préfet du Morbihan*,

ment à l'existence de contraventions de petite voirie sur la grande voirie.

Nous avons déjà signalé cette confusion déplorable et nous n'y insisterons pas. Il résulte seulement de cette superposition sur toute voie publique des notions *juridiques* de grande et de petite voirie que, même au regard des voies classées au point de vue *technique* dans la petite voirie, il existe une compétence de grande voirie. Celle-ci appartient, d'une manière générale, à l'autorité municipale (1).

D. P. 1916.3.37 et *Lebon*, p. 1004; 5 nov. 1918, *Puyau*, p. 955; 5 août 1920, *Coq*, p. 815.

Il convient cependant d'observer, au point de vue de la répression pénale, que la compétence judiciaire est de règle en matière de voirie vicinale (v. Dalloz, *Code des lois politiques et administratives*, t. III, v° Voirie, n°s 7905 et s., 8300 et s.), de voirie rurale (*ibid.*, n°s 8372 et s.) et de voirie urbaine (*ibid.*, n° 8547). Cependant, l'existence d'une compétence parallèle du Conseil de préfecture en matière d'usurpation (v. *ibid.*, n°s 811 et s., 8160 et s., et la jurisprudence précédemment citée) ne peut s'expliquer que si l'on admet ici l'application des règles juridiques de la grande voirie. — V. cependant sur ce point une analyse très fine de la compétence à l'égard de la voirie dans F. Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^e éd., 1854, p. 124-125 : pour cet auteur, la juridiction des Conseils de préfecture en matière de voirie a deux caractères : celui de *juridiction ordinaire* et celui de *juridiction exceptionnelle*; la juridiction ordinaire, qui constitue vraiment le tribunal administratif, s'applique à tous les faits d'*anticipation*, et la juridiction exceptionnelle est relative aux *détériorations* et aux anticipations considérées comme *contraventions de police*; la grande voirie serait soumise aux deux espèces de juridiction, tandis que la petite voirie serait soumise seulement à la juridiction ordinaire.

Sur la théorie générale des contraventions de voirie, v. encore le projet de loi déposé le 5 mars 1923, tendant à unifier la compétence, et analysé à la *Revue du droit public*, 1923, p. 303.

(1) C'est en ce sens que se prononce expressément l'art. 98 de la

c) DE LA REDEVANCE EN MATIÈRE DE PERMISSIONS
DE VOIRIE.

XII. — La distinction qui sépare le permis de stationnement de la permission de voirie et qui résulte, au point de vue de la compétence, de la différence des autorités administratives chargées de la délivrance, se traduit également à propos de la redevance. En effet, tout naturellement, la redevance versée comme contre-partie de la permission obtenue doit tomber dans la caisse de l'autorité administrative qui a accordé la permission et qui, par hypothèse, est différente de l'autorité administrative compétente en matière de stationnement. Mais là se borne toute différence.

Si l'on fait abstraction de cette destination matérielle et si l'on veut en dégager la nature juridique, la redevance paraît identique en matière de stationnement et en matière de permission de voirie. L'article 133 de la loi municipale énumère sur un même plan, parmi les recettes du budget ordinaire des communes, le produit des permis de stationnement (7°)

loi du 5 avril 1884 dans son § 4, article reproduit *suprà*, p. 85, note 1.

Il est inutile d'insister ici sur le pouvoir de contrôle reconnu au préfet par ce texte (v. notamment sur ce point L. MORGAND, *La loi municipale*, 10^e éd., Paris, 1923, t. I, §§ 1112 et s.); il suffit de remarquer que l'art. 98 distingue très nettement les titres divers auxquels le maire accorde soit le permis de stationnement (§§ 1 et 2), soit la permission de voirie (§ 4). — Sur le régime spécial de la *Ville de Paris*, v. *suprà*, n° XXXV, p. 86.

et des droits de voirie (8°). D'autre part, l'art. 154, qui est relatif au recouvrement des recettes municipales, ne permet non plus aucune distinction (1). On aperçoit ici encore qu'une étude approfondie de la redevance n'apporterait aucun élément nouveau pour la classification poursuivie : au contraire, la nature juridique de la redevance, si elle était recherchée comme critérium pour distinguer le stationnement de la permission, ne pourrait aboutir qu'à une nouvelle confusion.

C'est pourquoi il ne nous paraît pas possible de suivre sur ce point la doctrine de M. H. Berthélemy, qui oppose absolument (en utilisant le critérium d'usage anormal et d'usage normal, sur lequel nous nous sommes d'ailleurs expliqué) les « occupations temporaires ou permissions de voirie », pour lesquelles la redevance serait le prix d'un service rendu, stipulé par un acte de gestion qui lui ôterait tout caractère de taxe (2), et les « stationnements », pour lesquels la redevance présenterait, au contraire, le caractère de l'impôt (3). Sans entreprendre sur ce point une discussion détaillée, nous observerons : 1° que l'on ne peut pas dire, en matière d'occupations temporaires ou de permissions de voirie, que la redevance est stipulée par un *contrat* (4), car ces situa-

(1) V. sur ces divers points L. Morgand, *op. cit.*, t. II, sous les art. 133 et 154.

(2) H. BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 10^e éd., 1923, p. 444-445.

(3) *Ibid.*, p. 449, et *suprà*, n° XIV.

(4) *Ibid.*, p. 445.

tions sont unilatérales sous tous leurs aspects, au même titre que les stationnements : pour les unes comme pour les autres, la redevance est donc imposée par l'Administration de la même manière; 2° que la distinction entre les occupations et le stationnement, telle qu'elle est présentée par M. H. Berthélemy, et qui traduirait dans le premier cas la jouissance d'une faveur et dans le second cas l'exercice d'un droit (1), ne paraît pas pouvoir être admise : il est impossible, en effet, de prétendre que « toute voiture de louage a le *droit* de se placer à la station » (2), lorsqu'on reconnaît, par contre, que tout cafetier n'a pas le droit d'installer une « terrasse ». En réalité, ainsi que nous nous sommes attaché à le montrer, il ne saurait être question de l'exercice d'un droit (abstraction faite de la situation spéciale du concessionnaire) qu'en matière d'utilisation *commune* du Domaine : le stationnement, comme la permission, est un mode d'utilisation *privative*, et l'on ne saurait dès lors faire intervenir une prétendue différence dans les caractères juridiques de ces deux institutions pour établir une distinction dans la nature de la redevance (3).

(1) *Ibid.*, p. 449.

(2) Alors surtout que de nombreux arrêts reconnaissent précisément au maire le pouvoir de refuser en l'espèce à un postulant le permis de stationnement. (V. notamment Cons. d'Et., 8 août 1921, *Rabé*, p. 843, et *infra*, n° XLIV.)

(3) Sur le caractère et la légalité de la redevance en matière de permission de voirie (spécialement : droits perçus par les communes à l'occasion du déversement des eaux pluviales et ménagères dans les

SITUATION JURIDIQUE DU PERMISSIONNAIRE.

XLII. — Les considérations précédentes tendent à rapprocher, au point de vue juridique, le permis de stationnement de la permission de voirie. Il en résulte que, dans l'une et l'autre de ces situations, le permissionnaire possède un statut analogue, sinon absolument identique. Il n'y a, en quelque sorte, de l'une à l'autre hypothèse, qu'une différence d'intensité, qui résulte du fait de l'emprise; celle-ci, en matière de permission de voirie, entraîne tout naturellement une situation plus stable. C'est sous le bénéfice de ces observations qu'il y a lieu d'entreprendre l'étude de la situation juridique du permissionnaire.

Cette étude, c'est uniquement à l'aide de la jurisprudence qu'il convient de la réaliser. En cette matière, en effet, les textes sont si rares, et les doctrines présentées par les auteurs si incertaines, que seule la jurisprudence peut être un guide sûr et positif. Et, d'ailleurs, les décisions de justice ne sont-elles pas par excellence la pierre de touche qui permet d'apprécier une situation juridique? En « disant le droit », les tribunaux ont dû nécessairement définir la situation des permissionnaires qui se présentaient devant eux : il suffit de parcourir nos recueils de jurisprudence pour voir apparaître, d'une manière exacte et vivante, la permission de voirie.

égouts publics), v. Cass. civ., 19 juillet 1922, *Ville de Toulouse c. Thomas*, dans *l'Ecole des communes*, 1922, p. 259.

XLIII. — Pour conduire cette étude de jurisprudence, d'une manière utile, au but proposé, il suffira de répartir les arrêts à utiliser en deux groupes, correspondant chacun à deux moments différents qui encadrent, en quelque sorte, la permission et délimitent exactement son aspect juridique. D'une part, il faut analyser d'abord les décisions intervenues en matière de *refus* de permission de voirie. Dans ces hypothèses, on se trouve véritablement au point de départ de la permission, le juge n'ayant encore devant lui qu'une situation à naître, un pétitionnaire et non le permissionnaire. Ensuite, au contraire, on examinera les décisions relatives au *retrait* de la permission. Ici, la permission existe, c'est elle-même, réalisée, qui est en jeu, et c'est le permissionnaire, investi de son titre, qui se présente. Et l'on peut immédiatement indiquer la conclusion à tirer de la juxtaposition des deux jurisprudences : dans le premier cas, où il ne s'agit pas encore de permission, le pétitionnaire est dans la situation d'un particulier (encore anonyme) qui aspire à devenir Usager privatif du Domaine. Dans le second cas, c'est bien l'Usager privatif du Domaine, régulièrement investi, qui défendra juridiquement sa situation. Si, dans les deux hypothèses, les solutions de la jurisprudence étaient identiques, il faudrait en conclure que la situation du pétitionnaire et celle du permissionnaire sont juridiquement identiques; en d'autres termes, que le titulaire d'une permission de voirie se trouve dans la même situation

juridique que toute personne non investie de ce titre. Que si, au contraire, la jurisprudence intervenue en matière de retrait est plus favorable pour le permissionnaire que ne l'est pour le simple pétitionnaire la jurisprudence intervenue en matière de refus, force est bien de reconnaître que la permission de voirie est « quelque chose » au point de vue juridique, puisque celui qui en est investi est mieux protégé que celui qui ne peut s'en prévaloir encore. Ce « quelque chose », la comparaison des deux jurisprudences en donne exactement la mesure juridique.

XLIV. — En ce qui concerne tout d'abord le *refus* de permission de voirie, il faut observer que la jurisprudence intervenue dépasse de beaucoup cette étude de classification et intéresse en réalité les principes les plus importants du droit administratif. En effet, le temps n'est pas éloigné où l'on reconnaissait à la permission de voirie le caractère d'*acte discrétionnaire*, ce qui avait pour effet d'interdire tout recours contre le refus de permission opposé par l'Administration (1). Mais une jurisprudence plus libérale a, depuis une dizaine d'années, abandonné la théorie de l'acte discrétionnaire. Nettement affirmée dans l'arrêt *Est parisien* (2), cette jurisprudence était annoncée déjà par des décisions plus anciennes, et

(1) Solution qui est d'ailleurs donnée, aujourd'hui encore, par certains auteurs, et notamment par M. H. Berthélemy, *op. cit.*, 10^e éd., p. 439.

(2) Cons. d'Et., 11 avril 1913, p. 394.

notamment, en matière de cours d'eau, par l'arrêt *Pagès* (1), et, en matière de permis de stationnement, par les arrêts *Société de vidanges et d'assainissement des propriétaires et locataires rouennais* (2).

La jurisprudence du Conseil d'Etat, statuant par la voie du recours pour excès de pouvoir sur le refus de permission de voirie, peut être résumée ainsi qu'il suit : le particulier n'a aucun droit à obtenir une permission de voirie, même dans les hypothèses de la loi du 15 juin 1906; « l'octroi des permissions de cette nature rentre dans le pouvoir d'appréciation de l'Administration, à laquelle il appartient de juger si la sauvegarde des intérêts généraux dont elle a la charge ne doit pas s'opposer à l'admission des demandes qui lui sont soumises », et lorsque l'autorité administrative « n'a pas usé de ses pouvoirs pour des considérations étrangères à l'intérêt général », le recours est rejeté au fond (3). Tel est l'état de la dernière jurisprudence. Celle-ci démontre parfaitement que, avant d'obtenir le titre de permission, l'Usager pétitionnaire ne peut pas invoquer un droit à la permission : il peut seulement introduire le recours pour excès de pouvoir, et le Conseil d'Etat ne se reconnaît même pas le droit d'apprécier, au fond, l'intérêt général. Pour être irréprochable, il suffit à la décision administrative de refus de ne pas

(1) Cons. d'Et., 29 mars 1901, p. 315.

(2) Cons. d'Et., 13 mars 1908 (2 esp.), p. 259-260.

(3) V. Cons. d'Et., 9 juin 1920, *Compagnie des Tramways de l'Est parisien*, p. 565.

être motivée par une considération étrangère à cet intérêt général que l'Administration est absolument libre d'apprécier (1).

XLV. — Quant à la jurisprudence intervenue en matière de *retrait* de permission de voirie, sans qu'il soit besoin de reprendre toutes les décisions rendues, il suffira de rappeler les solutions dégagées récemment sur ce point par M. A. Mestre (2).

De l'étude de la jurisprudence résultent un certain nombre de considérations importantes, qui peuvent être résumées dans les propositions suivantes :

a) *La révocation de la permission de voirie ne peut être prononcée pour des motifs financiers*, solution qu'il est important de rapprocher de la solution contraire observée en matière de *refus*. M. Mestre critique avec raison les auteurs qui présentent comme une inconséquence cette manière différente d'envisager le refus et le retrait de permission de voirie (3) : ceux-ci

(1) V. encore la jurisprudence des arrêts, *Compagnie du Bourbonnais*, Cons. d'Et., 4 févr. 1921 et 4 août 1922, D. P. 1922. 3. 57, et la note.

(2) A. MESTRE, « La révocation des permissions de voirie », dans la *Revue des Concessions*, 1923, n° 1.

La première étude détaillée sur les conditions dans lesquelles il est permis à l'Administration de retirer une permission de voirie régulièrement accordée paraît avoir été faite par BOUCHENÉ-LEFER, *Consultation pour la Compagnie continentale de Londres* (entreprise d'éclairage privée à Marseille), du 29 mars 1857. (Cette consultation se trouve à la Bibl. de la Faculté de Droit de Paris, n° 11082, pièce 14.)

(3) *Op. et loc. cit.*, p. 12.

oublie, en effet, que, dans le premier cas, on ne se trouve en présence que d'un pétitionnaire, tandis que, dans le second cas, c'est le statut du permissionnaire qui est en jeu. On peut d'ailleurs expliquer encore cette jurisprudence en observant que la permission de voirie peut être décomposée en deux éléments bien distincts : d'une part, elle comprend un élément en quelque sorte patrimonial, ou, si l'on préfère, domanial, qui se traduit, matériellement, par l'emprise sur le Domaine et qui justifie, en l'espèce, la compétence d'autorités administratives différentes de celles dont l'intervention est admise en matière de stationnement ; d'autre part, elle comprend également un élément de police. Ceci posé, il faut observer que si une Administration ne doit pas chercher à faire argent de ses pouvoirs de police, rien ne s'oppose, par contre, à ce qu'elle cherche à « faire une affaire » en utilisant ou en gérant son patrimoine domanial. Or, lorsqu'un pétitionnaire s'adresse à l'Administration pour obtenir une permission, l'Administration va pouvoir très légitimement refuser cette permission en faisant état de considérations financières qui se présentent comme la contre-partie de l'élément domanial de la permission sollicitée. Au contraire, lorsque la permission a été accordée, cet élément domanial se trouve, par hypothèse, transmis au permissionnaire : si l'Administration veut alors atteindre la permission, ce ne peut être par la voie de ses droits sur le patrimoine domanial, dont jouit actuellement le permissionnaire, mais seulement par la voie de ses pouvoirs de police.

C'est en ce sens qu'il est exact de dire que le retrait des permissions de voirie relève essentiellement des pouvoirs de police, et c'est pour cela qu'une considération d'ordre financier vient vicier ce retrait, alors qu'elle est absolument justifiée en matière de refus.

b) *Elle ne peut être prononcée non plus pour des motifs d'ordre économique ou d'ordre privé.* — De cette jurisprudence, il résulte que la situation du permissionnaire est plus forte que « l'intérêt particulier de la commune ». Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, d'insister sur ce point parce que, en fait, la jurisprudence est ici identique en matière de refus et de retrait de permission (1).

c) *La révocation de la permission ne peut être valablement prononcée que pour inexécution des conditions imposées, pour considérations de viabilité et de conservation de la voie, pour réalisation de travaux publics et pour conformité à la chose jugée.* — Cette jurisprudence, abstraction faite des hypothèses de révocation pour inobservation des conditions, ce qui ne soulève aucune difficulté et peut être présenté comme une sanction, met en lumière deux idées particulièrement importantes : d'une part, l'Administration peut atteindre la permission par la voie de la police, ce qui prouve que la permission, ainsi subordonnée aux pouvoirs de police, non seulement quant à son exercice, mais encore quant à son existence

(1) V. A. Mestré, *op. et loc. cit.*, p. 16, note 1.

même, ne peut pas être considérée comme constituant, au profit de celui qui l'a obtenue, un véritable droit. Sur ce premier point, la jurisprudence tend à rejeter le permissionnaire, conformément à la doctrine proposée par M. Duguit, dans la catégorie juridique des situations objectives (1).

Mais, d'autre part, si la révocation de la permission de voirie peut se trouver ainsi justifiée par des motifs de police, il ne résulte nullement de la jurisprudence que cette révocation doive être nécessairement pure et simple. Au contraire, dans ses conclusions sous l'arrêt *Goret* (2), M. Romieu, commissaire du Gouvernement, propose bien le maintien de l'arrêté de révocation, mais il ajoute aussitôt : « *toute question d'indemnité demeurant réservée* ». D'où il résulte que, en principe, un contentieux de l'indemnité est ouvert au permissionnaire en raison de la révocation, *même justifiée*, de la permission : ce qui veut dire que la révocation possible de la permission, même pour raisons de police, ne résulte pas de l'absence de tout « droit » pour le permissionnaire au maintien de sa permission. En d'autres termes, la révocation possible de la permission, loin de prouver que le permissionnaire ne peut juridiquement exiger le maintien de sa permission, démontre seulement que la situation du permissionnaire peut être battue en brèche, dans

(1) V. notamment en ce sens Cons. d'Et., 26 mars 1920, *Chapoullie et Moussempès*, p. 364-365.

(2) Cons. d'Et., 6 juin 1902, p. 421, et au Sir., 1903. 3. 65, avec la note de M. Hauriou.

certaines hypothèses, par l'Administration, et la possibilité du contentieux de l'indemnité, à elle seule, suffit à évoquer ici la notion de droit patrimonial ou de situation subjective.

XLVI. — A la vérité, il faut reconnaître que le contentieux de pleine juridiction ou de l'indemnité apparaît seulement possible, car on ne peut le vérifier par des espèces absolument probantes. Il existe bien des hypothèses où le Conseil d'Etat a reconnu le principe d'une indemnité en faveur du permissionnaire, mais cette indemnité peut être justifiée par des théories étrangères au statut du permissionnaire lui-même, et elle ne peut dès lors être présentée comme la mesure ou l'équivalent pécuniaire de ses droits. C'est ce que l'on observe notamment dans l'espèce *François*, où le Conseil d'Etat a accordé une indemnité à un permissionnaire, lors des travaux de construction de la gare d'Orsay (1), ce qui s'explique, abstraction faite de la situation juridique du permissionnaire (en l'espèce, permis de stationnement), par les principes de la responsabilité objective en matière de travaux publics.

Il en est de même, d'ailleurs, des hypothèses où une indemnité a été accordée à un *pétitionnaire* comme suite d'un *refus* de permission de voirie ou de permis de stationnement. Il est inexact de prétendre, en effet,

(1) Cons. d'Et., 15 mars 1903, *François*, p. 243. — V. sur ce point II. Berthélemy, *op. cit.*, 10^e éd., p. 441, note 1, et L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, p. 349.

comme le font presque tous les auteurs (1), que le refus de permission de voirie ou de permis de stationnement ne peut donner lieu à indemnité, pour le motif que l'on serait ici dans un contentieux objectif : en fait, il existe des décisions où le Conseil d'Etat a accordé une indemnité au pétitionnaire évincé. Ces hypothèses sont particulièrement délicates à examiner et il importe de les distinguer très nettement de celles où c'est la situation juridique du permissionnaire, et non du pétitionnaire, qui est en jeu.

Nous raisonnerons, pour établir cette distinction, sur l'espèce de jurisprudence présentée par le cas *Rabé* (2).

Le sieur Rabé avait demandé au maire de Cannes de lui accorder un numéro de voiture de place, ce qui équivalait, en fait, à un permis de stationnement. Sur refus du maire, recours au Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir, qui annule effectivement la décision municipale comme entachée de détournement de pouvoir (3). A la suite de cette déci-

(1) V. notamment en ce sens H. Berthélemy, *op. cit.*, 10^e éd., p. 439; L. Duguît, *op. cit.*, t. III, p. 349-350 (implicitement : M. Duguît n'envisage en effet que la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir, même contre le retrait de permission). — V. cependant *contra*, en notre sens, M. Hauriou, *op. cit.*, 10^e éd., p. 687.

(2) Cette espèce est en effet plus intéressante que l'arrêt *Tricoche* que l'on cite généralement (Cons. d'Et., 17 mai 1918, p. 486), parce que le sieur Tricoche était vis-à-vis de la ville dans une situation contractuelle (concession), et l'indemnité qui lui a été accordée peut se rattacher à sa qualité de *concessionnaire* plutôt qu'à sa seule qualité de *pétitionnaire*.

(3) Cons. d'Et., 8 juin 1917, *Rabé*, p. 445-446

sion, le sieur Rabé introduit un nouveau recours devant le Conseil d'Etat, cette fois-ci par la voie du contentieux de la pleine juridiction, par lequel il demande à la ville de Cannes une indemnité à titre de dommages-intérêts, en arguant du préjudice subi par suite du refus qui lui a été illégalement opposé. Et, par un nouvel arrêt, le Conseil d'Etat lui a accordé une indemnité de 1.000 francs (1).

C'est le fondement et la justification de cette indemnité qu'il y a lieu de rechercher. Si elle doit être considérée, en effet, comme la mesure de la situation de pétitionnaire, il faut en conclure que le pétitionnaire a *un droit* à obtenir la permission, et que, somme toute, une fois nanti de sa permission, il n'a rien de plus. Mais, en réalité, il n'en est rien : l'arrêt du 14 janvier 1921 se justifie par des considérations absolument étrangères à la situation juridique du permissionnaire et qui laissent, en définitive, la question entière. En effet, pour comprendre cette jurisprudence, il faut ne pas perdre de vue la distinction traditionnelle du contentieux de l'annulation et du contentieux de la pleine juridiction, dégagée d'une manière particulièrement lumineuse par Laferrière et précisée tout particulièrement par M. Hauriou (2). La distinction de ces deux contentieux fournit l'explication de cette jurisprudence.

On sait, en effet, que « la base des recours en annu-

(1) Cons. d'Et., 14 janv. 1921, *Rabé*, p. 48.

(2) *Droit administratif*, 10^e éd., p. 414 et s.

lation est la décision exécutoire, envisagée dans sa validité, et que la base des recours de pleine juridiction, ce sont les faits d'exécution ou de gestion et les droits subjectifs à réparation qu'ils engendrent » (1). Il résulte de la distinction ainsi posée entre le recours en annulation et le recours de pleine juridiction que celui-ci ne représente la traduction contentieuse du droit subjectif du requérant que dans la mesure seulement où il peut intervenir d'une manière *immédiate*. Lorsque, comme dans l'espèce, il n'intervient que d'une manière *médiate*, c'est-à-dire lorsqu'il est greffé sur un recours en annulation, il n'est plus nécessairement question de la défense des droits subjectifs primitifs du requérant, mais simplement de droits subjectifs nés *a posteriori* du fait de l'exécution d'une décision administrative injuste ou du fait de l'exécution d'une opération administrative. En d'autres termes, dans l'arrêt du 14 janvier 1921, l'indemnité ne représente pas la réparation d'un droit subjectif à l'obtention du permis de stationnement, mais la réparation d'un tort causé par l'exécution d'une décision administrative injuste, ce qui est tout autre chose. Et l'on voit ainsi que cette indemnité ne peut être utilisée à aucun titre pour déterminer la situation juridique du permissionnaire. Le recours de pleine juridiction peut être utilisé pour définir une situation donnée lorsqu'il a directement sa base dans une situation subjective établie, et non lorsqu'il est uniquement

(1) Hauriou, *op. et loc. cit.*

engendré par des faits d'exécution. Dans le premier cas, qui est notamment le cas du propriétaire qui défend son bien, le recours de pleine juridiction est véritablement la mesure du droit originaire; dans le second cas, au contraire, dont l'arrêt précité fournit un exemple, le recours n'est que la mesure des droits « *qu'ont pu faire naître chez le réclamant les faits d'exécution* ». Et l'on se rend parfaitement compte de la distinction si l'on utilise les arrêts du Conseil d'Etat intervenus en matière de compétence : toutes les fois que le requérant a un droit originaire à défendre, notamment une situation contractuelle, c'est au juge du plein contentieux (au juge du contrat) qu'il s'adresse directement; lorsque, au contraire, le requérant ne peut pas originairement invoquer un droit, il doit en quelque sorte le faire naître en s'adressant d'abord au juge de l'excès de pouvoir (1). Et c'est pour cela que l'on ne peut faire état de la jurisprudence du type *Rabé*, intervenue aussi bien en matière de refus qu'en matière de retrait de permission de voirie ou de permis de stationnement; il faudrait, pour apprécier la permission de voirie au point de

(1) Ce sont ces considérations qui expliquent que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable lorsque le moyen invoqué est la violation d'un droit contractuel, ainsi que M. le Commissaire du Gouvernement Pichat l'a exposé dans ses conclusions sous l'arrêt *Lafage* (Cons. d'Et., 8 mars 1912, à la *Revue du droit public*, 1912, p. 276). Juris. : v. notamment Cons. d'Et., 4 août 1905, *Compagnie de Bône-Guelma*, p. 770; 22 déc. 1905, *Compagnie franç. tram. Bordeaux*, p. 997; 6 déc. 1907, *Compagnie du Nord...*, p. 919; 11 mars 1910, *Min. Travaux publics*, p. 224.

vue du contentieux de l'indemnité, l'espèce d'un recours de pleine juridiction porté directement devant le juge de droit commun.

XLVII. — Si nous n'avons pu, en matière de permission de voirie ou de permis de stationnement, découvrir une espèce qui réponde exactement à ces conditions, il semble cependant que l'on puisse faire état, par analogie, d'une jurisprudence très abondante intervenue en matière de *concessions coloniales*. En effet, à la faveur des aspects très divers que peuvent présenter les concessions coloniales (qui, depuis la concession gratuite et essentiellement précaire, vont jusqu'à la concession de gré à gré et à la concession-aliénation), on peut trouver en ces matières de nombreuses espèces qui présentent tous les caractères juridiques de nos permissions de voirie. Ce sera le cas notamment de toute « concession » accordée d'une manière unilatérale, et qui entraîne seulement une utilisation précaire du Domaine. Cette assimilation paraît tout particulièrement réalisée dans l'espèce de l'arrêt *Bellier* (1). Le sieur Bellier avait obtenu un *permis d'établir* dans la réserve des cinquante pas géométriques, permis accordé par le gouverneur de la Réunion en vertu de l'art. 10 du décret du 5 août 1889 et, par nature, essentiellement précaire et délivré sous condition de déguerpissement à la première réquisition. Mais la jurisprudence a pris, à l'égard de

(1) Cons. d'Et., 14 nov. 1902, *Bellier*, p. 659.

ces permis, une attitude identique à celle qu'elle a adoptée à l'égard de nos permissions de voirie, et elle décide qu'ils ne peuvent être rapportés que si leur retrait est exigé par les besoins de la défense des côtes ou l'intérêt général. C'est en l'état de ces circonstances qu'intervint un arrêt du gouverneur enjoignant au sieur Bellier d'avoir à quitter la zone antérieurement concédée. Quelle attitude le permissionnaire évincé peut-il prendre à l'égard de cet acte de retrait ? Deux attitudes sont seules possibles : ou bien le permissionnaire ne peut invoquer aucun droit, et il ne pourra s'adresser qu'au juge de l'excès de pouvoir pour demander l'annulation de l'acte, comme en matière de refus, quitte à introduire ensuite, si le retrait est reconnu irrégulier, un recours en indemnité ; ou bien, s'il peut se prévaloir de son droit à la permission, il pourra s'adresser, par la voie du plein contentieux, à son juge naturel, à qui il demandera purement et simplement une indemnité ou son maintien en possession. Il est évident que cette dernière solution suppose l'existence d'un certain droit du permissionnaire sur sa permission (situation subjective), que le juge du plein contentieux a précisément pour fonction de défendre. Or, en l'espèce, c'est pour la compétence immédiate du Conseil du contentieux et pour le maintien en possession (ce qui est différent de l'annulation de l'acte de retrait) que s'est prononcé le Conseil d'Etat. On retrouverait de même une quantité d'arrêts où le Conseil d'Etat s'est refusé à statuer par la voie du recours pour excès de pouvoir en

matière de retrait de concessions coloniales, précisément parce que le Conseil du contentieux de la colonie était compétent en tant que juge de la situation de « concessionnaire » : le contentieux de l'indemnité pouvait ainsi naître directement du fait de l'atteinte (irrégulière ou non) portée à une situation juridique acquise, sans qu'il soit besoin de faire déclarer au préalable, comme dans l'espèce du refus précédemment analysée, l'irrégularité de l'acte administratif (1).

XLVIII. — En juxtaposant la jurisprudence intervenue en matière de refus et en matière de retrait de permission de voirie, ce qui conduit à envisager dans le second cas la possibilité d'un recours contentieux de pleine juridiction introduit *de plano* comme sanction de la situation du permissionnaire, il serait possible déjà de dégager la physionomie juridique pro-

(1) V. notamment en ce sens Cons. d'Et., 21 févr. 1919, *Chesnay et de Boissadan*, p. 148. Les requérants demandaient l'annulation, pour excès de pouvoir, d'un arrêté du Résident supérieur du Tonkin prononçant le retrait d'une *attribution provisoire* de terres de concession. Le Conseil d'Etat répond : « Il appartient aux requérants, s'ils se croient lésés *en tant que concessionnaires* par la décision du Résident supérieur, de porter telle action que de droit devant le Conseil du contentieux administratif compétent pour statuer sur les droits et obligations résultant de leur contrat de concession ; ils ne sont pas recevables à se pourvoir directement devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. » Il semble, en l'espèce, que le Conseil d'Etat ait fait allusion à tort à un prétendu *contrat de concession*, car l'attribution provisoire paraît être *unilatérale* ; quoi qu'il en soit, cette mention est intéressante à retenir, car elle tend nettement à séparer une situation analogue à nos permissions de voirie des situations objectives où l'on entend parfois les confiner.

pre de cette situation. Avant de formuler cependant les conclusions qu'il faut tirer de cet examen, il convient de mentionner encore la jurisprudence relative aux rapports qui naissent entre les permissionnaires et les tiers, et qui permet aussi de déterminer, en soi, la situation du permissionnaire.

Il existe une abondante jurisprudence intervenue pour trancher les rapports de fait et de droit qui s'établissent entre le permissionnaire et les tiers, et qui tend soit à faire déclarer le permissionnaire responsable du fait de sa permission (1), soit, au contraire, à défendre le permissionnaire contre les tiers. C'est sur ce dernier point seulement que nous analyserons brièvement cette jurisprudence. Abstraction faite des questions de responsabilité, qui ne soulèvent aucune difficulté et ne comportent aucun enseignement, celle-ci aboutit, en fait, à des espèces qui ont été parfois présentées comme faisant application à la matière de la théorie des *actions possessoires*.

Certaines décisions ont admis, ou paraissent admettre, la possibilité de l'action possessoire intentée par des permissionnaires contre les tiers (2). Il faut cependant ne pas hésiter à reconnaître que ces décisions sont mal interprétées par ceux qui les invoquent, ou qu'elles sont erronées dans la mesure où elles ne

(1) L'un des arrêts les plus intéressants en l'espèce est l'arrêt de Toulouse du 26 nov. 1908, au Sir., 1911.2.209, avec la note de M. A. Mestre.

(2) V. notamment en ce sens F. VIEL, *De l'emploi de l'action possessoire à l'occasion des dépendances du domaine public*, thèse, Toulouse, 1907, et la juris. citée p. 49 et s.

s'expliqueraient que par la théorie des actions possessoires. En effet, il n'est pas possible d'admettre, en notre matière, la notion de droit privé des actions possessoires, qui introduit ici une confusion inutile, analogue à celle provoquée par la notion de droits réels. Par définition, les actions possessoires ne sont données qu'en *matière immobilière* : or, on a vu que la notion de droit mobilier et immobilier doit être absolument bannie en l'espèce (1). Le permis de stationnement et la permission de voirie étant de même nature juridique, il serait d'ailleurs aussi arbitraire de réserver à celle-ci la protection de prétendues actions possessoires qu'il serait impossible d'étendre cette protection à celui-là, qui présente presque toujours un caractère mobilier. Et comment ne pas être frappé de l'inélégance qu'il y a, ici, comme à propos des « droits réels », à affirmer que ces actions ne pourraient s'exercer que contre les tiers et non contre l'Administration ? C'est elle cependant, en définitive, qui a volontairement donné à la permission sa valeur juridique, et l'on a vu d'ailleurs que l'on peut retrouver des espèces où le permissionnaire a obtenu son « maintien en possession » contre l'autorité administrative (2). En réalité, l'appel fait à la théorie des actions possessoires prouve une fois de plus que l'on n'éclaircit rien en voulant introduire dans les situations de droit public les théories du droit privé, et il

(1) *Suprà*, n^{os} XXXIII et XXXIV.

(2) V. notamment l'espèce *Bellicr* citée *suprà*, n^o XLVII.

faut dire, avec M. Berthélemy (1), que les actions possessoires ne sont pas applicables au domaine public.

Quant aux espèces de jurisprudence qui paraissent avoir admis ces actions, on les expliquera en observant qu'elles ne présentent pas nécessairement un caractère *réel* et qu'elles peuvent, au contraire, se justifier très exactement en tant qu'actions personnelles rattachées à la théorie des délits et quasi-délits, ce qui pourra d'ailleurs rallier à notre interprétation les civilistes, qui y retrouveront la pure doctrine de Pothier.

En définitive, la seule conclusion à tirer de l'existence de prétendues actions possessoires, c'est que le permissionnaire doit être protégé, et qu'il l'est en fait, contre les tiers aussi bien d'ailleurs que contre l'Administration elle-même, mais qu'il ne l'est pas comme le titulaire d'un droit ressortissant des règles de droit privé.

XLIX. — En utilisant maintenant les solutions qui se dégagent de toute la jurisprudence rapportée pour déterminer aussi exactement que possible la situation juridique du permissionnaire, on ne fera que reprendre et préciser cette dernière conclusion. Constantement, notre permissionnaire s'est trouvé en butte à deux courants contraires, tendant l'un à le rejeter dans la situation anonyme des usagers communs (recours

(1) II. Berthélemy, *Droit administratif*, 10^e éd., p. 436.

pour excès de pouvoir, caractère précaire et révocable de la permission...), tandis que l'autre, au contraire, faisait effort pour l'investir d'un véritable droit (possibilité d'un contentieux de pleine juridiction, maintien en possession). C'est en présence de la nécessité où l'on est de trouver un terrain de rencontre entre les deux notions opposées et contradictoires de droit objectif et de droit subjectif que nous proposons de considérer le permissionnaire comme un Usager placé dans une situation *juridiquement individualisée*. A ce titre, il n'est plus dans la situation objective où le maintient notamment la théorie de M. Duguit (1), et ce premier résultat est d'importance. En effet, si l'on peut justifier, dans le plan du droit objectif, le recours pour excès de pouvoir et, au besoin, l'allocation d'une indemnité quand il y a eu irrégularité commise par l'Administration et préalablement reconnue, comme dans l'espèce *Rabé* (2), on ne peut, par contre, justifier la possibilité d'une indemnité, en matière de retrait, *en dehors de toute faute* (3), ni tous les recours introduits immédiatement *au fond*, et tendant entre autres au maintien en possession contre les tiers et même contre l'Administration (4). Mais le permissionnaire, placé seulement dans une situation déterminée,

(1) *Op. cit.*, t. III, notamment p. 346, 349.

(2) *Suprà*, n° XLVI.

(3) Ce qui est bien le cas envisagé par M. Romieu à propos de l'espèce *Gorret* (*suprà*, n° XLV, C.), où le retrait était précisément régulier.

(4) Notamment dans les hypothèses citées *suprà*, n° XLVII.

ne bénéficie pas de tous les effets qu'entraînerait pour lui la reconnaissance d'un véritable droit, que l'on doit lui refuser, sous quelque dénomination qu'on s'efforce de le faire admettre.

Et c'est pourquoi la permission de voirie, résultant d'un acte unilatéral de l'Administration, mais susceptible, en quelque sorte, d'appropriation par le permissionnaire, a été présentée comme une étape intéressante entre le droit objectif des utilisations communes et la situation essentiellement subjective où aboutissent, au contraire, les utilisations privatives avec le procédé de la concession, que nous allons maintenant examiner.

3° La concession.

L. — S'il a été nécessaire de consacrer des développements assez longs aux permis de stationnement et aux permissions de voirie, il n'en sera pas de même de la concession, celle-ci étant à la fois mieux connue et trop complexe pour pouvoir être étudiée en détail. Dans une étude de classification, il suffira de mettre en lumière les traits caractéristiques de la concession, sans qu'il soit nécessaire d'exposer les différents aspects que celle-ci peut présenter. La concession, envisagée dans son ensemble, englobe toutes les « concessions » qui supposent une utilisation privative du Domaine (1) : à ce titre, elle com-

(1) Du Domaine non affecté à des fins particulières, bien entendu :

prend les activités multiples qui se réalisent par le procédé des concessions de travaux publics, des concessions de service public et, parfois, des concessions d'utilité publique.

Cet ensemble très vaste et, en apparence, un peu disparate, présente cependant une unité évidente, car la concession se distingue des autres modes d'utilisation privative par un caractère propre : elle réalise toujours une situation *contractuelle*. Le concessionnaire est toujours, par définition, titulaire d'un véritable droit. Il est inutile d'insister sur ce caractère, dont l'importance apparaît d'elle-même, et qui reproduit les plus anciennes doctrines (1) ; il est d'ailleurs mis en lumière, aujourd'hui, d'une manière à peu près unanime (2).

Il résulte de cette analyse, toute succincte qu'elle soit, que la possession, par le concessionnaire, d'un droit (au sens subjectif) doit se manifester directement au regard du Domaine. En d'autres termes, le concessionnaire doit pouvoir défendre sa concession contre les tiers et contre l'Administration, en s'adressant directement au juge du plein contentieux. On a vu que, dans une certaine mesure (que la jurisprudence ne permet d'ailleurs pas de préciser), il doit en

ce n'est que dans la section suivante que nous examinerons les utilisations privatives du Domaine spécialement affecté, ce qui comprend notamment les *concessions* dans les cimetières.

(1) V. *suprà*, n° XVII.

(2) V. notamment H. Berthélemy, *op. cit.*, 10^e éd., p. 447 ; L. Duguit, *op. cit.*, 2^e éd., t. III, p. 348-349.

être de même de la permission de voirie; mais ici, où existe véritablement un droit, il faut reconnaître que le plein contentieux est de droit commun. En fait, les décisions rendues en ce sens ne se comptent plus (1).

LI. — Aussi, ne pouvons-nous pas admettre la doctrine de M. Hauriou, pour qui « le concessionnaire se distingue du permissionnaire en tout ce qui concerne l'organisation du service public que le concessionnaire exploite; mais, *en ce qui concerne le domaine public, tous les deux sont des occupants* » (2). Oui, certes, tous les deux sont des occupants, mais ils occupent à des titres différents : le permissionnaire est seulement dans une situation juridiquement individualisée, tandis que le concessionnaire est titulaire d'un droit. Il ne paraît pas dès lors que l'on puisse assimiler, au regard du Domaine, la situation juridique de ces deux occupants, et lorsque M. Hauriou entend traiter « le point spécial de l'occupation du

(1) C'est en effet presque toujours par la voie du plein contentieux que les concessionnaires défendent leurs droits. V. notamment, en dehors du contentieux colonial auquel il a été précédemment fait allusion (*suprà*, n° XLVII), Cons. d'Et., 25 oct. 1918, *Comm. de Chagny*, p. 941-942; 14 janvier 1921, *Ville d'Oléron-Sainte-Marie*, p. 51; 20 janvier 1922, *Compagnie parisienne de l'air comprimé*, p. 53. Ajoute la jurisprudence citée *suprà*, p. 112, note 1. — Au contraire, le permissionnaire qui se plaint qu'un acte de l'Administration est contraire à sa permission n'agit que par la voie du recours pour excès de pouvoir. V. Cons. d'Et., 22 juill. 1921, *Société des tôles de Luzenac*, p. 759.

(2) M. Hauriou, *op. cit.*, 10^e éd., p. 685, note 1.

domaine public pour les concessionnaires aussi bien que pour les permissionnaires » (1), il aboutit en réalité à construire une théorie hybride, qui est trop large pour le permissionnaire et qui méconnaît, par contre, la situation contractuelle du concessionnaire. Ainsi, notamment lorsque M. Hauriou analysé le droit de l'occupant sur le domaine public en un droit réel administratif (2), cette notion serait au besoin concevable au sujet de la concession (3), mais alors il ne faut pas ajouter que le droit est précaire vis-à-vis de l'Administration, car la révocation, évidemment possible, se justifie par les stipulations contractuelles; par contre, elle dépasse la notion de permission, qui est en dehors du droit contractuel, et au sujet de laquelle on ne peut véritablement pas dire que « l'Administration ne peut s'engager *conventionnellement* à ne pas révoquer ou à ne pas racheter pendant un certain nombre d'années ». La révocation de la permission est toujours possible, sous réserve d'indemnité, même quand elle est motivée par des raisons de bonne administration; au contraire, la révocation d'une concession n'est possible que dans la mesure des prévisions contractuelles, ou, ce qui revient au

(1) *Ibid.*

(2) *Ibid.*, p. 688.

(3) Il convient d'observer d'ailleurs que c'est au sujet des concessions et non des permissions que M. Hauriou a établi primitivement sa théorie des droits réels administratifs. V. notamment sa note très importante sous Cons. d'Et., 25 mai 1906, *Chemin de fer d'Orléans*, au Sir., 1908. 3. 65. Cette constatation confirme à nos yeux l'erreur que l'on commet en parlant de droit réel en matière de permission.

même, de l'intervention du juge (1). L'Etat n'aurait pu modifier d'une manière unilatérale, même avec indemnité, le statut des compagnies de chemins de fer : l'élaboration d'une convention nouvelle a été nécessaire pour établir le nouveau régime des chemins de fer.

Cette distinction entre la situation juridique du permissionnaire et la situation juridique du concessionnaire est de la plus grande importance. En effet, outre que seule elle permet de tenir compte de l'élément contractuel que possède toute concession, seule, d'autre part, elle permet de reconnaître si l'on se trouve en présence d'une permission ou d'une concession. En dehors d'elle, en effet, il faut reconnaître que ces deux modes d'utilisation privative du Domaine tendent à se rapprocher et à se confondre, même dans leur réalisation matérielle. En effet, si, en présence des faits eux-mêmes, on peut dire qu'il y a stationnement ou permission, aucune manifestation extérieure ne permet, par contre, d'identifier et de distinguer permission ou concession. Et, spécialement, la notion de service public ne peut être, en l'espèce, d'aucun secours, étant données surtout les dispositions de la loi du 15 juin 1906 qui prévoit que le service public de distribution d'énergie peut être réalisé aussi bien par le procédé de la permission que par le procédé

(1) Cf. notamment Cons. d'Et., 7 juin 1918, *Comm. de Gravelle-Sainte-Honorine*, p. 547 ; 26 mars 1920, *Compagnie Générale des Eaux*, p. 335 ; 4 mars 1921, *Compagnie Générale des Eaux*, p. 251 ; 16 déc. 1921, *Sasse*, p. 1062.

de la concession (1). Aussi, la pratique administrative tend-elle à assimiler ces deux modes d'utilisation, en s'efforçant d'ailleurs de substituer la concession, qui engage l'Usager, à la permission qui lui laisse une liberté plus grande (2), tandis que l'évolution de toute la jurisprudence a eu d'autre part le même résultat en donnant à la situation du permissionnaire une stabilité de plus en plus grande (3).

LII. — Il ne nous paraît pas possible de pénétrer plus avant dans la matière si vaste des concessions, que les considérations précédentes suffisent à distinguer nettement des autres modes d'utilisation du Domaine. Avant d'entreprendre l'examen des modes d'utilisation privative portant sur une portion du Domaine affecté à une fin spéciale, il convient cependant d'observer encore :

1° Que le concessionnaire — comme le permissionnaire, d'ailleurs, lorsque la permission sert d'assise à un service public — n'est très souvent qu'un Usager *primaire*, qui va permettre à d'autres Usagers d'utiliser le Domaine. Dans ce cas, que nous avons déjà

(1) V. notamment la jurisprudence relative à la *Compagnie des Tramways de l'Est-Parisien*, spécialement les derniers arrêts du Cons. d'Et., 26 juill. 1918, p. 774 ; 21 nov. 1919, p. 838.

(2) V. sur ce point la jurisprudence intervenue dans l'espèce, *Compagnie du Bourbonnais*, Cons. d'Et., 4 févr. 1921 et 4 août 1922, D. P. 1922. 3. 57, et la note.

(3) Ainsi que cela résulte, entre autres, de toute la jurisprudence intervenue dans la célèbre « querelle » du gaz et de l'électricité.

rencontré au sujet des utilisations communes (1), il ne faut pas confondre la situation du concessionnaire et celle de l'Usager *secondaire* : en effet, la situation du concessionnaire ne réagit pas sur celle de l'Usager, parce que le concessionnaire est substitué à l'Administration (2). Il disparaît, en quelque sorte, et l'Usager va se trouver dans la situation anonyme des utilisations communes, tout en usant du Domaine par l'intermédiaire du procédé contractuel de la concession.

2° Bien souvent, une concession de service public doit entraîner emprise dans le sol sans que l'acte même de concession habilite le concessionnaire à faire les installations nécessaires. Celui-ci devra dès lors obtenir, en plus de sa concession, des permissions spéciales, et il devra être considéré, tour à tour, dans ses rapports avec l'Administration, soit comme concessionnaire, soit comme permissionnaire. On peut dire cependant, dans ces hypothèses, que c'est la qualité de concessionnaire qui doit l'emporter (3). Il existe d'ailleurs une jurisprudence abondante qui précise ces relations entre la concession et la permission (4).

(1) V. *suprà*, n°s XXIV et XXV.

(2) V. sur les effets de cette substitution : Cons. d'Et., 11 janv. 1918, *Société des grands moulins de Gray*, p. 21.

(3) V. les observations présentées *suprà*, p. 100, note 2.

(4) V. notamment, pour une hypothèse où la concession entraîne *ipso facto* permission : Cons. d'Et., 1^{er} juill. 1921, *Société d'éclairage, chauffage et force motrice*, p. 648 ; au contraire, dans le sens de

B) LES UTILISATIONS PRIVATIVES DU DOMAINE SPÉCIALEMENT AFFECTÉ

LIII. — Les utilisations privatives qui se répartissent sous ce titre ont pour caractère commun d'être conditionnées par l'idée de *but*. On peut dire, d'une manière générale, qu'à toute destination spécialisée du Domaine doivent correspondre des utilisations privatives spécialisées. Or, en fait, les parties du Domaine susceptibles de donner assise à une utilisation privative présentent le plus souvent les caractères de destination générale, et c'est notamment ce qui a lieu pour la voirie considérée dans son ensemble. Le Domaine à destination spécialisée, au contraire, est réduit et doit être strictement déterminé. En quelque sorte, il y a, dans le premier cas, *compétence générale* à utilisation par les particuliers, utilisation commune ou privative; dans le second cas, il y a strictement *attribution* à certaines fins, et cela exclut, sauf exceptions, les utilisations communes, en faveur des utilisations privatives conformes à ces fins.

Les caractères généraux que doivent présenter les utilisations privatives à but spécialisé, conformément à la destination du Domaine, ont été indiqués déjà,

dans leurs grandes lignes du moins (1). Avant d'examiner ces modes d'utilisation d'une manière plus précise, on observera que la notion du Domaine destiné à une fin spéciale peut être entendue d'une manière plus ou moins large, et il y a lieu dès lors de préciser cette notion.

LIV. — Il est en effet acquis, tout d'abord, que le Domaine, dans son ensemble, est *affecté* et que, à ce titre, toutes les utilisations, communes et privatives, doivent être conformes à ses fins. La rue est affectée à la circulation, comme les places fortes sont affectées au service public de la défense nationale, ou les fleuves et rivières à la navigation. Mais ce n'est pas de cette affectation, entendue dans un sens très général, que nous entendons faire état, car celle-ci nous conduirait de nouveau à la distinction déjà discutée et rejetée des utilisations normales ou anormales. A côté de ces affectations générales, il y a, dans le Domaine public, telles parties qui sont *spécialement* affectées à des fins particulières, de telle sorte que l'on ne conçoit pas à leur égard une utilisation qui ne soit strictement conforme à ces fins. Un exemple fera ressortir toute la différence. La rue est certainement affectée à la circulation, mais il n'y a là qu'une affectation générale, qui ne fait nullement obstacle à ce que des particuliers usent de la rue pour y établir des dépôts, pour y construire des kiosques, ou pour y placer des cana-

(1) V. *suprà*, n° XXIX.

lisations. Prenons, au contraire, l'exemple d'un cimetière : celui-ci est affecté au service des inhumations, mais il y a cette fois-ci affectation spéciale et exclusive, de telle manière que l'on ne concevrait pas que l'Administration puisse, dans le cimetière, autoriser des utilisations privatives aussi librement que dans la rue (1).

Il est bien certain d'ailleurs que si la différence paraît ainsi évidente entre les divers degrés d'intensité que peut présenter l'affectation du Domaine, il est, par contre, très délicat de préciser où finit l'affectation générale et où commence l'affectation spéciale. Nous avouons d'ailleurs ne pouvoir apporter ici aucun critérium satisfaisant et définitif. Il semble cependant que l'on ne pouvait faire abstraction, dans une étude de classification, de ces aspects différents du problème des utilisations privatives, qui se traduisent nécessairement dans la situation juridique de l'Usager.

On peut dire, en effet, d'une manière générale, que toute situation de droit, qui se compose de relations réciproques entre divers sujets, représente, dans un état d'équilibre à déterminer, une valeur absolue constante. Ainsi, la permission de voirie est une situa-

(1) En dehors, bien entendu, des utilisations privatives qui présenteraient au regard du service des inhumations un caractère *accessoire* (telles que kiosques pour la vente des fleurs, marbriers, etc.), — de même d'ailleurs que les établissements publics peuvent entreprendre des opérations sortant de leur spécialité lorsque celles-ci présentent un caractère *accessoire*. (V. Cons. d'Et., 19 avr. 1918, *Chapelon*, p. 343.)

tion différente de la concession, parce que dans celle-ci les pouvoirs de l'Administration, partiellement aliénés au profit du concessionnaire, sont moindres ; mais, dans l'une et dans l'autre de ces situations, on retrouverait les mêmes pouvoirs, répartis différemment entre les divers sujets en présence. En d'autres termes, les situations juridiques se déterminent par des relations entre sujets ; toute modification apportée à l'état de l'un des sujets réagit nécessairement sur l'autre sujet et entraîne une situation nouvelle. C'est cette observation qui nous incite à tenir compte dans notre étude de l'idée d'affectation spéciale du Domaine. Dès que l'on considère, en effet, la portée juridique de cette affectation, on doit conclure qu'elle a pour effet de *lier* l'Administration, ce qui n'avait point lieu à propos des stationnements ou des permissions de voirie. En matière de permission, l'Administration jouit d'une grande liberté (limitée seulement par la police), qui lui permet d'accorder l'usage privatif du Domaine aussi bien aux fins d'un service public (distribution par exemple) qu'à des fins purement privées (passages souterrains pour les grands magasins, par exemple). Ici, au contraire, cette liberté est considérablement réduite, ce qui entraîne, en fait, une diminution des pouvoirs de l'Administration. Et, par contre, n'en résulte-t-il pas que l'Usager qui veut agir conformément à l'affectation spéciale du Domaine bénéficie, précisément dans la mesure de cette affectation, de la diminution des pouvoirs de l'Administration ? De toutes manières, la situation de cet Usager

est différente de la situation de l'Usager ordinaire qui, partout ailleurs, est soumis à un pouvoir d'appréciation plus étendu, et peut poursuivre des satisfactions qui dépassent les fins du Domaine. Il convenait dès lors de faire à l'une et à l'autre de ces situations une place à part.

LV. — Sous le bénéfice de ces considérations, il serait encore possible d'entendre très largement la notion d'affectation spéciale. On pourrait notamment faire observer que même le Domaine non spécialement affecté peut cependant, pour partie, voire par moments, servir à la satisfaction de fins ou de buts très spécialement déterminés : et l'on pourrait ainsi présenter dans cette situation spéciale la théorie des aisances de voirie ou des servitudes administratives. De même, la situation des occupants des édifices du culte (dans la mesure du moins où ceux-ci sont ou ont été compris dans le domaine public) ressortirait de cette situation. Il a paru, cependant, en l'état des proportions de cette étude et du dessein poursuivi, qu'il ne convenait pas de développer amplement ces analyses et que la distinction proposée sera suffisamment justifiée si l'on peut démontrer qu'elle sert à expliquer la situation spéciale dans laquelle se trouvent certains usagers privatifs du Domaine.

Or, à cet égard, on constatera que, traditionnellement, il est fait une place à part à des institutions en apparence trop particulières pour qu'il soit possible de les comprendre dans une classification générale :

tels sont le *plaçage* et les *concessions dans les cimetières*. En utilisant seulement ces deux exemples, nous allons nous efforcer de montrer que ces situations s'expliquent précisément par le fait juridique d'une affectation spéciale du Domaine.

1° Le plaçage.

LVI. — On peut classer sous le terme général de *plaçage* la situation des Usagers qui utilisent à titre privatif certaines dépendances du Domaine très spécialement affectées à une fin bien définie, telles que halles, marchés, abattoirs.

Il est certainement inutile de justifier l'étude du plaçage à propos des utilisations du domaine public. En effet, on admet aujourd'hui très généralement que les halles et marchés font partie du domaine public, et c'est à propos des utilisations du Domaine que les auteurs traitent du plaçage. C'est en ce sens que se prononcent très nettement M. H. Berthélemy (1) et M. Hauriou (2).

Il faut seulement remarquer ici que *toutes* les utilisations du Domaine observées dans ces diverses

(1) *Traité de droit administratif*, 10^e éd., p. 449. — Mais il convient d'observer que, dans une autre partie de son *Traité* (p. 543), M. H. Berthélemy cite au contraire les halles, abattoirs, etc..., comme faisant partie du *domaine privé communal*, ce qui est d'ailleurs conforme à sa théorie du domaine public.

(2) *Précis de droit administratif*, 10^e éd., p. 643, note 1, p. 656 et p. 683.

dépendances — et nous dirons dorénavant, pour employer une expression plus concrète, dans les halles — ne se trouvent pas influencées par le caractère de l'affectation spéciale. Ainsi, on retrouve ici des Usagers à titre commun, ce qui est notamment le cas pour l'acheteur qui se rend à la halle et doit pouvoir, librement, parcourir les étalages et fixer son choix : à son égard, l'affectation spéciale ne peut se traduire que par des dispositions de police plus rigoureuses, justifiées par les circonstances spéciales de lieux. Ainsi encore on retrouvera ici des Usagers privatifs analogues à ceux que nous avons rencontrés déjà, et, spécialement, des concessionnaires : ce sera notamment la situation des Usagers qui interviennent à l'occasion du fonctionnement de la halle, sans participer directement à son utilisation (1).

LVII. — Ainsi ramené à la catégorie des Usagers directs des halles, le plaçage apparaît comme une situation différente du stationnement ou de la permission de voirie par suite des pouvoirs moindres dont jouit ici l'Administration. Il est curieux d'observer d'ailleurs que le résultat auquel nous aboutissons avait été atteint, et même largement dépassé, par une

(1) Telle est en particulier la situation des fermiers des droits de place dans les halles et marchés, qui sont de véritables concessionnaires substitués à l'Administration pour la gestion des halles, et non des usagers. V. comme espèces de jurisprudence : Cass. civ., 20 févr. 1912, au Sir., 1914. I. 105, et Conflits, 22 mars 1920, *Ville de Bellême*, p. 312.

jurisprudence déjà ancienne. C'est ainsi que, pour la Cour de cassation statuant en matière fiscale (1), comme pour le Conseil d'Etat lui-même (2), l'attribution des places dans les marchés couverts, et spécialement aux halles de Paris, s'analyserait dans un bail d'immeuble de propriétés communales. Pour inexacte que soit cette ancienne jurisprudence, il n'en résulte pas moins qu'elle traduit le souci qu'a eu le juge de distinguer le placage du simple stationnement, en lui faisant une situation plus stable, qu'il allait jusqu'à rendre contractuelle : cette tendance prouverait déjà, *a priori*, qu'il faut considérer le placage d'une manière spéciale et que l'on aurait tort de l'assimiler aux modes ordinaires des utilisations privatives du Domaine.

LVIII. — Il faut reconnaître d'ailleurs que le placage ne se distingue pas d'une manière spécifique de la permission ; comme elle, il constitue une situation différente d'un véritable droit, dont le bénéficiaire est seulement juridiquement individualisé. Il y a, cependant, sur un point du moins, une différence importante qui sépare ces deux situations et qui porte sur la qualité réciproque du pétitionnaire. Celui qui veut obtenir une permission de voirie s'adresse à une administration puissante, et l'on a vu que, dans l'hypothèse du *refus*, sa situation était des plus pré-

(1) Cass., 12 mai 1875, au Sir., 1875. 1. 327.

(2) Cons. d'Et., 5 avr. 1895, *Velter*, p. 312.

caires (1). Si, en matière de permission, le pouvoir discrétionnaire, ou la libre appréciation d'opportunité et la seule limite de la moralité administrative, sont reconnus, il n'en est plus de même en matière de plaçage, où ces pouvoirs sont, sinon annihilés, du moins très diminués : la règle juridique de l'affectation spéciale leur est, en effet, substituée. Il en résulte que la vocation du pétitionnaire se trouve accrue d'autant, c'est-à-dire que le refus doit être plus rigoureusement apprécié par l'autorité juridictionnelle. Et, de fait, les textes qui régissent le plaçage prévoient que l'attribution des emplacements est, dans certains cas au moins, obligatoire pour l'Administration. La jurisprudence intervenue sur ce point, pour réduite qu'elle soit (ce qui peut prouver d'ailleurs que l'Administration méconnaît rarement les « droits » des pétitionnaires), montre bien qu'il peut y avoir dans l'attribution des places une véritable obligation pour l'Administration : les arrêts *Teyssonneyre* (2), *Ville-relle* (3) et *Amédée Guérin* (4) sont, à cet égard, particulièrement intéressants (5). Et cette jurisprudence prend toute sa valeur si on la rapproche de certaines espèces où les pouvoirs de l'Administration apparaissent, au contraire, aussi larges et aussi étendus,

(1) V. *suprà*, n° XLIV.

(2) Cons. d'Et., 13 juin 1902, p. 443.

(3) Cons. d'Et., 2 mai 1918, p. 937-938.

(4) Cons. d'Et., 26 avril 1918, p. 382-383.

(5) Comp. d'autre part Cons. d'Et., 26 avr. 1912, D. P. 1914. 3. 80, où le « droit aux places » et la notion de « droits acquis » ont été spécialement examinés par le Conseil d'Etat.

du côté de la libre appréciation de l'opportunité, qu'en matière de stationnement, espèces qui se rapportent plus spécialement à des marchés découverts où les règles de l'affectation sont moins fortes que pour les véritables halles et marchés (1).

On voit ainsi, en résumé, que le plaçage reflète juridiquement la règle de droit de l'affectation spéciale, ce qui justifie une classification à part. En pratique, c'est surtout en matière de refus que se révèle l'importance de la distinction, car, la permission une fois accordée, le titulaire du droit de place et le permissionnaire paraissent bien être dans une situation identique. L'un et l'autre restent notamment soumis au régime de police qui empêche de reconnaître, dans l'un et l'autre cas, un véritable droit, au sens subjectif (2).

LIX. — Le plaçage, comme le permis de stationnement et la permission de voirie, donne lieu à la perception d'une taxe. Celle-ci, on l'a vu (3), ne doit pas être retenue comme un signe probant pour distinguer les différents modes d'utilisation du Domaine. Si l'art. 133 de la loi municipale énumère dans des paragraphes différents le produit des droits de place per-

(1) V. Cons. d'Et., 22 nov. 1918, *Gonnet*, p. 1027.

(2) V. au sujet du plaçage : Trib. simple pol. Toulon, 22 déc. 1904, D. P. 1905. 5. 30; Cons. d'Et., 28 févr. 1896, *Arnaud*, p. 192, etc.

V. d'autre part R. FACQUE, *Les Halles et marchés alimentaires de Paris*, thèse, Paris, 1911.

(3) V. *suprà*, n° XXXVI.

gus dans les halles, foires, marchés, abattoirs (6°) et le produit des permis de stationnement (7°), il n'en résulte pas que ces redevances soient d'une nature différente, car les tarifs des droits divers à percevoir au profit des communes en vertu de l'art. 133 sont soumis à des règles identiques.

Il faut cependant insister ici sur le caractère de taxe ou de péage que présente cette redevance et refuser la qualification de loyer, qui est susceptible d'entraîner des confusions dans la qualité de permissionnaire. En effet, cette taxe est très fréquemment perçue *ad valorem*, ou d'après la nature et la qualité des marchandises exposées (1), et cette constatation nous éloigne de la notion de loyer, qui se détermine d'après les lieux et abstraction faite de l'utilisation (2).

2° La concession dans les cimetières.

LX. — Le plaçage réalise en quelque sorte le mode le plus simple des différentes utilisations privatives du Domaine portant sur des dépendances spécialement affectées à une fin déterminée. Pour montrer l'importance de l'idée d'affectation spéciale, il faut examiner encore, dans ses grandes lignes du moins, la situation beaucoup plus originale d'un Usager d'un type très

(1) V. notamment Cass., 16 juin 1912, qui admet la validité des droits *ad valorem* (*Ecole des Communes*, 1922, p. 352).

(2) Sur les différents droits perçus dans les *Abattoirs*, v. L. Morgand, *op. cit.*, t. II, n° 1475.

particulier : nous voulons parler du titulaire d'une concession dans les cimetières.

De même que pour les halles et marchés, le caractère domanial des cimetières a été longtemps discuté. Cependant, le classement dans les dépendances du domaine privé (1) est aujourd'hui abandonné, et les cimetières sont très généralement classés dans le domaine public (2). Dès lors, le titulaire d'une concession apparaît bien comme un Usager du Domaine, et il est intéressant de rechercher les caractères et la nature de son occupation.

D'une manière générale, on peut dire que toute la jurisprudence relative aux concessions dans les cimetières est faussée, aujourd'hui encore, par les conceptions anciennes qui plaçaient les cimetières dans les dépendances du domaine privé des communes, ce qui avait pour effet de soumettre, dans son ensemble, le régime des sépultures aux règles du droit privé. C'est à ce point de départ, reconnu aujourd'hui inexact, qu'il y a lieu de rattacher la jurisprudence judiciaire, qui, de même qu'elle parle couramment de la *propriété* ou de la *copropriété* des communes sur les cimetières (3), admet tout naturellement au sujet des

(1) Défendu encore par Ducrocq, *Droit administratif*, 7^e éd., 1905, t. VI, notamment n° 2306.

(2) V. notamment M. Hauriou, *Droit administratif*, 10^e éd., p. 655 ; L. Rigaud, thèse précitée, § 44, et la jurispr. citée p. 96, note 1. Pour M. H. Berthélemy, *Droit administratif*, 10^e éd., p. 427, note 1, le classement dans l'une ou l'autre catégorie n'a pas d'importance pratique.

(3) V. Cass. req., 12 avr. 1902, D. P. 1903. 1. 497 ; Cass. civ., 13 juin 1903, D. P. 1905. 1. 507.

concessions la notion de *vente* (1), et s'est trouvée ainsi amenée à assimiler le concessionnaire à un *propriétaire* selon le droit privé (2). A la vérité, les tribunaux prennent parfois le soin de qualifier cette propriété de *sui generis*, ce qui, à vrai dire, ne signifie rien; et il faut d'ailleurs remarquer que les décisions qui se sont ainsi attachées à distinguer la situation du titulaire d'une concession de la pure propriété de droit privé sont dictées par des considérations *civiles*, sur les biens dans le commerce, sur les conventions contraires aux bonnes mœurs, sur la situation familiale, et non par la théorie du domaine public (3). Ce qui le prouve, c'est que lorsque les tribunaux estiment que les circonstances de fait permettent de procéder à l'aliénation d'une concession, ils admettent parfaitement la validité d'une licitation (4).

LXI. — Lorsque l'on a admis, avec raison, que les cimetières faisaient partie, non plus du domaine

(1) Rennes, 29 janv. 1901, D. P. 1901. 2. 428.

(2) V. Cass. civ., 12 févr. 1901, D. P. 1905. 1. 495; Douai, 2 déc. 1903, D. P. 1905. 2. 433; Cass. req., 18 janv. 1911, D. P. 1911. 1. 341. V. également *suprà*, p. 18.

(3) V. notamment, outre la jurisprudence citée *suprà*, Bourges, 28 nov. 1910, D. P. 1912. 2. 21; Trib. civ. Narbonne, 15 janv. 1913, D. P. 1914. 2. 36; Trib. civ. de la Seine, 16 avr. 1912, Sir., 1918-19. 2. 113, avec la note de M. A. Mestre; Trib. civ. de Limoges, 7 juin 1923, *Gaz. du Palais*, 21 août 1923; Trib. civ. d'Espalion, 24 juill. 1923, *ibid.*, 17 oct. 1923. — Pour l'exposé général de la jurisprudence judiciaire sur la nature juridique de la concession dans les cimetières, v. la note de M. Hauriou sous Cons. d'Et., 7 févr. 1913, au Sir., 1913. 3. 81, et L. Rigaud, thèse précitée, § 46.

(4) V. Limoges, 27 mai 1919, D. P. 1922. 5. 20.

privé, mais bien du domaine public communal, la situation du titulaire de la concession s'est-elle trouvée modifiée de ce fait ? Point du tout, d'après la jurisprudence qui, dans ses décisions les plus récentes, ainsi qu'on vient de le voir, a continué de suivre les anciens errements et d'appliquer les règles du droit privé à la situation de ces concessionnaires.

Cependant, une partie de la doctrine n'a pas manqué d'étudier d'une manière plus exacte la nature juridique de la concession dans les cimetières, en tenant compte, précisément, des caractères du domaine public sur lequel cette concession repose. Ces études ont eu pour résultat l'élaboration d'une théorie des *droits réels administratifs*, que nous avons déjà eu l'occasion d'examiner à propos des stationnements, des permissions de voirie et des concessions (1). C'est, en effet, en un droit réel administratif que l'on tend aujourd'hui à analyser la nature du droit du concessionnaire de sépulture, et M. A. Mestre précise qu'il s'agit d'un droit immobilier et extrapatrimonial (2).

Cette qualification de *droit réel* nous paraît, en l'espèce, aussi critiquable qu'au sujet des permissions et concessions ordinaires et, pour les mêmes motifs, nous la repousserons. On peut dire ici, tout au plus, comme en matière de concession, que, en fait, les choses se passent dans l'ensemble comme si le concession-

(1) V. *suprà*, n^{os} XXXVIII et LI.

(2) Note sous Trib. de la Seine, 16 avr. 1912, Sir., 1912-19. 2. 113. — *Adde* la note précitée de M. Hauriou sous Cons. d'Et., 7 févr. 1913, *Mure*, au Sir., 1913. 3. 81, et L. Rigaud, *op. cit.*, § 177.

naire possédait un droit réel. Mais il n'y a aucune raison pour identifier et confondre des situations qui ne présentent que des analogies, alors surtout que ce prétendu droit réel est tout spécial, et différent de ce que l'on appelle ainsi en droit privé. Nous ne voyons véritablement pas l'intérêt qu'il peut y avoir à confondre, sous une qualification trompeuse, des situations d'ordre différent. Au reste, à un point de vue au moins, la qualification de droit réel est manifestement erronée : on sait, en effet, que la concession perpétuelle elle-même ne fait pas obstacle à la translation possible du cimetière (1), et peut-on véritablement admettre qu'un droit réel (*jus in re*) perpétuel puisse ne pas être exercé *in eodem loco* ? Il suffit, d'autre part, de remarquer l'abondance des épithètes que les auteurs sont obligés d'employer pour tempérer la notion de droit réel (administratif, extrapatrimonial, etc.) pour se convaincre que cette qualification est, en soi, inexacte (2).

LXII. — La critique que nous adressons à la théorie des droits réels administratifs se résout d'ailleurs, en

(1) V. d'ailleurs, sur les conditions de cette translation et sur l'équivalent dû par l'Administration au concessionnaire, Cass. civ., 25 oct. 1910, au D. P. 1912. 1. 129, avec la note de M. H. Berthélemy.

(2) L'emploi des expressions propres au droit privé aboutit pratiquement à des qualifications paradoxales. Dans une espèce résolue par Cass. civ., 6 mars 1907 (D. P. 1907. 1. 229), les premiers juges en étaient arrivés à dire qu'un caveau « est, en quelque sorte, *grevé d'une servitude* au profit de X. et de ses successeurs »,

définitive, à une pure critique de vocabulaire. Au fond, nous approuvons entièrement les conséquences juridiques que les auteurs ont tirées de leur théorie, et sur lesquelles il n'y a d'ailleurs pas à insister. Mais il semble que, pour justifier ces conséquences, point n'était besoin de faire appel à la notion des droits réels et qu'il suffisait de dire : *la concession dans les cimetières est un mode contractuel d'utilisation privative du domaine public conforme à une affectation spéciale.*

Il suffit de dégager les éléments essentiels de cette définition pour mettre en lumière tous les caractères du régime des concessions :

a) Le point le plus important est le *caractère contractuel* de la concession. On retrouve ici, en effet, avec le terme même de concession, la notion d'un droit véritable. Il est inutile de cataloguer le « droit » reconnu au titulaire d'une concession : il suffit de savoir que celui-ci possède un droit pour que soit justifié tout le contentieux de pleine juridiction qui lui est effectivement accordé (1). La jouissance d'un véritable droit a d'ailleurs pour effet de placer le concessionnaire hors de l'atteinte d'une réglementation postérieure (2), et il n'appartient pas à l'Admi-

(1) En l'espèce, ce contentieux est judiciaire. Conf., 21 nov. 1896, *Regère*, p. 749, et D. P. 1898. 3. 9.

(2) En effet, un arrêté municipal ne rétroagit pas sur les concessions antérieures (Agen, 23 juin 1909, D. P. 1910. 2. 18, et Cons. d'Et., 12 janv. 1917, *Devoncour*, p. 18).

nistration elle-même, mais aux tribunaux, de fixer l'étendue de ce droit (1).

b) La concession portant sur une portion du domaine public, le titulaire se trouve cependant soumis aux *pouvoirs de police* du maire, du moins lorsque celui-ci agit en sa qualité de représentant du pouvoir central (2); ce n'est pas en cette qualité, en effet, qu'il avait contracté, au nom de la commune, avec le titulaire de la concession (3).

c) Enfin, le fait que le Domaine est grevé d'une *affectation spéciale* donne à la concession un aspect très particulier, que ne présente pas la concession ordinaire. D'une part, en effet, sans constituer véritablement un droit pour le pétitionnaire, l'affectation est une règle juridique qui, en matière de refus, vient amoindrir certainement les pouvoirs de l'Administration (4). On peut dire que l'affectation a pour effet de substituer à la règle de la libre opportunité d'appréciation (qui est traditionnelle en faveur de l'Administration, pour les utilisations privatives) une sorte

(1) Cons. d'Et., 6 fév. 1914, *veuve Barbarin*, p. 157.

(2) Douai, 2 déc. 1903, D. P. 1905. 2. 433.

(3) Sur l'étendue de ces pouvoirs de police, v. notamment les conclusions de M. le Comm. du Gouv. Saint-Paul sous Cons. d'Et., 21 janv. 1910, au D. P. 1911. 3. 135 (le maire ne peut interdire de poser sur les tombes des croix ou autres emblèmes religieux). *Adde* Cons. d'Et., 30 juill. 1915, *Flaget*, p. 261.

(4) V. de même en matière de *retrait* d'affectation une espèce curieuse, Cons. d'Et., 2 juin 1905, D. P. 1907. 3. 37, où il s'agissait en quelque sorte d'une affectation à deux degrés, — une partie d'un cimetière ayant été réservée à l'inhumation des ecclésiastiques.

de présomption en faveur de toute demande conforme. Il en résulte que, dans les limites de cette conformité à l'affectation, l'autorité administrative ne pourrait refuser la concession sollicitée que pour des raisons de police, et non en appréciation d'opportunité (1). D'autre part, c'est l'affectation spéciale du Domaine qui justifie le degré d'appropriation atteint, degré qui dépasse, et de beaucoup, l'utilisation privative réalisée ailleurs par les procédés ordinaires de la permission, ou même de la concession.

En définitive, il est absolument inutile de faire appel à la théorie des droits réels pour justifier la situation du titulaire d'une concession dans un cimetière. On pourra reprocher à notre analyse de ne pas qualifier la nature du droit possédé par cet Usager privatif du Domaine; mais ne suffit-il pas de retenir qu'il est titulaire d'un droit et de s'attacher au fait juridique de l'affectation pour expliquer toutes les règles qu'on lui applique ? A tout prendre, d'ailleurs, mieux vaut une qualification indéterminée qu'une définition trompeuse, au moins dans sa lettre, dont les termes prêtent à confusion : le manque de définition est plutôt une perfection qu'un défaut, lorsqu'il ne vient pas de l'obscurité des choses, mais, au contraire, de leur extrême évidence.

LXIII. — Avant d'en terminer avec les concessions dans les cimetières, nous rappellerons encore d'un

(1) V. Cons. d'Et., 25 nov. 1921, *Niveleau*, p. 974.

mot que le produit des concessions présente très nettement le caractère d'une taxe, ou d'un péage, et non d'un paiement (1). En effet, le « produit des cimetières et des concessions de terrain » figure dans l'art. 133 de la loi municipale (9°), sur le même plan que les autres droits à percevoir par les communes à l'occasion des utilisations privatives du Domaine (2). Cette observation a son importance, car elle permet de distinguer la concession dans les cimetières des situations de droit privé, et notamment d'une vente ou d'un louage. La concession n'est qu'un mode d'utilisation privative du Domaine affecté aux inhumations, et le prix constitue une perception effectuée à cette occasion et non le paiement d'un service fait.

On remarquera d'ailleurs que la différence de nature qui s'observe entre la situation du concessionnaire de sépulture et la situation du titulaire d'une permission, notamment d'un permis de plaçage, se traduit dans l'établissement du tarif. Alors que, en matière de plaçage, la taxe peut être établie *ad valorem* (par exemple d'après la quantité de marchandise apportée) (3), le tarif doit avoir ici une base strictement matérielle, superficielle, en dehors des considérations de durée, bien entendu; il reflète le fait même d'emprise et ne peut être influencé par les circonstances de l'usage de la concession accordée.

(1) V. en ce sens H. Berthélemy, *Droit administratif*, 10^e éd., p. 427, note 1, et ses références au Dalloz, *Traité pratique de droit municipal*, t. I, p. 665, n° 73, et *Jurisp. Gén.*, v° *Culte*, n°s 306-790.

(2) V. *suprà*, n° LIX.

(3) *Ibid.*

CONCLUSION

LXIV. — Nous nous sommes efforcé de présenter suivant une classification juridique les différents modes d'utilisation du Domaine, sans chercher à approfondir l'analyse de chacune des situations si diverses qui se sont rencontrées. Cette étude a tendu avant tout à répartir ces situations d'une manière méthodique, en les considérant surtout les unes par rapport aux autres. Il est possible, maintenant, de reprendre dans ses grandes lignes la classification adoptée.

Comme point de départ, le procédé le plus simple des utilisations du domaine public est réalisé par les UTILISATIONS COLLECTIVES. Sans avoir acquis aucun droit patrimonial, l'Usager anonyme exerce ses libertés individuelles et jouit des services publics. Mais ce procédé un peu rudimentaire (il n'y a pas véritablement contact entre les différents sujets en présence) est insuffisant, et il est nécessaire que l'Usager individualisé puisse, en outre, utiliser le Domaine d'une manière PRIVATIVE. Ici, il faut distinguer. Le Domaine à utiliser peut être simplement destiné à des besoins généraux; il peut être, au contraire, spécialement affecté à des fins déterminées. Dans le premier cas, l'Usager pourra obtenir soit un *permis de stationnement*, soit une *permission de voirie*, soit une *concession*; dans le second cas, il jouira d'une situation du type du *plage* ou de la *concession dans les cimetières*. Sa

situation ne sera pas identique dans les deux séries d'hypothèses, par suite précisément de la notion d'affectation spéciale; mais, ce qu'il est intéressant d'observer, c'est que, dans l'un et l'autre cas, on voit l'Usager, par le procédé de l'individualisation juridique, sortir progressivement de la situation juridiquement anonyme des utilisations communes pour apparaître finalement, là où se rejoignent les divers types de concessions, revêtu d'un véritable droit. Et, ainsi, cet Essai de classification permet non seulement de différencier d'une manière précise les divers modes d'utilisation du Domaine, mais encore de concevoir une sorte de gradation, une hiérarchie juridique des aspects différents que peut présenter la situation de l'Usager.

LU ET APPROUVÉ :

Paris, le 8 avril 1924.

Le Président de thèse,

F. LARNAUDE.

VU :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de Paris,*

H. BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris.

Pour le Recteur :

L'Inspecteur de l'Académie,

MAURELLET.

